

Empleo Publico Servicio Penitenciario Federal Pase A Retiro Obligatorio

JURISPRUDENCIA

Empleo público. Servicio Penitenciario Federal. Pase a retiro

obligatorio Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda deducida contra el Servicio Penitenciario Federal a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo que dispuso el pase a disponibilidad y ordenó el pase a retiro obligatorio del actor por encontrarlo con una incapacidad total y permanente del 80%, no imputable a actos de servicio, para desempeñarse como médico psiquiatra. Se modifica la sentencia en lo que hace al reconocimiento de aportes a los fines del haber de retiro y el rubro ¿pérdida de chance?.

Resistencia, 20 de marzo de dos mil diecinueve.- Y VISTOS: Estos autos caratulados ¿BABIKOW, JORGE JOAQUIN LEONARDO C/ SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL S/ CIVIL Y COMERCIAL? - EXPTE. FRE 11000883/2004/CA1, procedentes del Juzgado Federal N° 1 de Resistencia; CONSIDERANDO: La Dra. María Delfina Denogens dijo: I.- Que el actor promueve demanda contra el S.P.F. (fs. 3/8vta.) solicitando la nulidad del acto administrativo que dispuso su pase a disponibilidad y ordenó su pase a retiro obligatorio por encontrarlo con una incapacidad total y permanente del 80%, no imputable a actos de servicio, para desempeñarse como médico psiquiatra de la Unidad Penitenciaria 7 de Resistencia. Remarca que en las Juntas Médicas realizadas al actor, no estuvieron presentes facultativos idóneos, ni ejerció su derecho de control y defensa y que por ello solicitó una medida de prueba anticipada (ExpTE. FRE 11110025/1998), con nuevo dictamen médico, que determina que es plenamente capaz para ejercer sus funciones. Asimismo reclama su reincorporación, salarios caídos, daños y perjuicios, más intereses y costas.- II.- El a-quo dicta sentencia el 05/10/2017 (fs. 217/224 vta.) haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por el Sr. Babikow, declara la nulidad de la Junta Médica del 11 de julio de 1994 que dispusiera su pase a retiro obligatorio. Rechaza los reclamos por reincorporación, salarios caídos, lucro cesante y pérdida de chance, y hace lugar al reclamo por daño moral por la suma de Pesos Quince Mil (\$15.000), con intereses a tasa pasiva promedio del B.C.R.A. desde la fecha del hecho -11/07/1994- hasta el 31/12/2001. Declara que con posterioridad a esa fecha, resultan aplicables las disposiciones de la Ley 25.344 y su decreto reglamentario N° 1.116/2000, devengando los intereses previstos en dichas normas.- Impuso las costas del juicio a la demandada y fijó porcentajes a los fines de regular honorarios a los profesionales intervinientes, una vez practicada la pertinente planilla.- III.- Para decidir de tal manera, en primer término sostiene que los informes médicos que obran en el sobre de documental, están en forma desordenada, sin que se haya acompañado el expediente relativo a la Junta Médica, ni el legajo personal del actor, ni fotocopia de las piezas pertinentes del informe por el que se concluyera en la incapacidad y posterior pase a retiro, además de que, ofrecidas como prueba, la parte demandada no acompañó las mismas. Pero -indica- tal orfandad probatoria no obsta las circunstancias referidas en cuanto a la forma en que se desarrollaron los hechos, ya que de las fotocopias acompañadas por la actora puede reconstruirse el proceso que culminó con el dictamen médico y pase a retiro del Sr. Babikow, concluyendo el a quo en que de las mismas puede inferirse que el S.P.F. actuó de conformidad con la normativa prevista, justificando las inasistencias y convocando a Junta Médica. Más aún, ante el cuadro presentado se solicitó nueva Junta Médica ad hoc y finalmente otra a nivel central. Es decir, el actor fue sometido a tres Juntas Médicas con intervención de distintos profesionales en todas ellas, de las cuales ninguna determinó un pronóstico favorable, ni consideró al actor en óptimas condiciones para la prestación de servicios en la Unidad Penitenciaria.- Por otra parte, y en sentido totalmente opuesto, la pericia médica obrante en la prueba anticipada -FRE 11110025/1998 (realizada por expertos en la materia, imparciales y de otra jurisdicción ante la imposibilidad de que sea practicada por médicos de la Provincia, dada la actividad del actor en el Hospital Perrando)-, concluye, seis (6) años después, en que no se evidencian alteraciones físicas, ni de las funciones mentales, concluyendo que la capacidad laboral se encuentra conservada y en aptitud para continuar con el desempeño de su profesión habilitada. Advierte que todo el proceso ha sido público y con debido anoticiamiento a la contraria, de modo que se encuentra salvaguardado su derecho al contradictorio y control de la prueba. Concluye en que, ante la actitud omisiva de la demandada (a quien incumbía probar que el procedimiento seguido y la determinación de la incapacidad resultaron ajustados a derecho, y las actuaciones se encontraban en su poder), al no probar las circunstancias de la Junta Médica e incapacidad que determinaron el retiro del actor, así como su actitud pasiva ante el dictamen pericial realizado en la prueba anticipada, cobran plena eficacia las conclusiones de esta última.- Bajo la perspectiva apuntada -señala-, y sin desconocer el alcance de las facultades del Estado para reglar y determinar las condiciones inherentes al ejercicio del servicio de seguridad penitenciaria y al personal que en este ámbito se desempeña, tal potestad debe ceder ante el resguardo de los principios pro reo y pro operario (sic). En este sentido, determina la nulidad de la Junta Médica del 11/07/1994.- En lo que respecta a la reincorporación, señala que ¿... no caben dudas de que la nulidad de la resolución por la que se dispuso su incapacidad y consecuente pase a retiro importa reconocer el derecho del actor a reintegrarse a sus funciones?, empero, el tiempo transcurrido desde el retiro del actor, y que

insumieran el reclamo administrativo y la tramitación de la presente causa, gravitan en la resolución definitiva del conflicto, toda vez que el Sr. Babikow contaba con 60 años de edad al momento de iniciar la acción (08/07/2004) y a la fecha de la sentencia cuenta con 73 años, edades que exceden sobradamente la dispuesta por la ley 13.018 de Retiros y Pensiones para el Personal Penitenciario. De allí que la pretendida reincorporación resulta de cumplimiento imposible por lo que no puede emitirse pronunciamiento alguno a su respecto.- Asimismo, deniega los salarios caídos dada la reiterada doctrina de la Corte según la cual no procede el pago de sueldos por funciones no desempeñadas por los agentes públicos dados ilegítimamente de baja, salvo disposición expresa y específica que no existe en el régimen penitenciario.- En relación a los rubros lucro cesante, pérdida de chance y daño moral, indica que el actor no especifica montos, ni otorga pautas para su estimación.- Precisa que al momento de producirse el pase a retiro en diciembre 1.994 el actor tenía 50 años de edad y 8 de antigüedad en la fuerza, es decir que, al disponerse su declaración de incapacidad, contaba con la edad pero no con los 15 años de servicio requeridos para acceder al beneficio previsional (conf. art. 5 Ley 13.018). Colige de ello que al tiempo del acto atacado, el actor ya se encontraba en condiciones de retiro obligatorio (conf. art. 6 de la citada ley), circunstancia que no sólo torna abstracta la reincorporación solicitada, sino también el lucro cesante y pérdida de chance reclamados. Afirma que el fundamento de la reparación supone lógicamente que el sujeto esté en condiciones de prestar servicios o de ascender si no se hubiera producido el hecho ilícito, circunstancia que por no presentarse en el caso torna improcedentes las indemnizaciones reclamadas.- Por último, respecto al daño moral, indica que, habiendo omitido consignar monto y parámetros para su cuantificación, tal circunstancia si bien dificulta la labor judicial, no resulta óbice para la procedencia del reclamo, en cuanto la arbitrariedad de la decisión adoptada por la Junta Médica, máxime teniendo en cuenta la índole de cuestión suscitada, donde el actor fue separado de su cargo imputándosele un estado de incapacidad relacionada con abuso de alcohol y trastornos de conducta, por lo que debe presumirse la inevitable lesión de sus sentimientos y así, tomando en cuenta las particularidades del caso, la lesión al honor, a la trayectoria profesional, las angustias por las repercusiones que el distracto pudiera ocasionar en su vida laboral, así como el estado de desazón, humillación y angustia que el hecho ocasionó en la vida del actor, estima adecuado fijar la indemnización \$15.000,00.- IV.- Tal pronunciamiento fue recurrido por la parte actora (fs. 227) y por la demandada (fs. 228), los que fueron concedidos a fs. 231. Radicada la causa ante esta Cámara (fs. 234), las partes expresan agravios a fs. 237/242 y a fs. 243/249 vta. respectivamente.- V.- La actora se agravia porque el ?a-quo? hace lugar parcialmente a la demanda y si bien declara la nulidad de la Junta Médica del 11/07/1994, rechaza los rubros reclamados como reincorporación, salarios caídos, lucro cesante, pérdida de chance y sólo concede el rubro daño moral. Afirma que todos los rubros reclamados son resultado del obrar arbitrario del S.P.F., existiendo una imprecisión o falta de fundamentación de la sentenciante para su rechazo, los que torna arbitraria la decisión.- Impugna el rechazo del rubro ?reincorporación? y luego de analizar los arts. 3, 4 y 5 de la Ley 13.018, concluye en que el actor no pudo cumplir con los años de servicios requeridos por la normativa justamente por el obrar arbitrario del S.P.F al disponer su pase a disponibilidad. Solicita, en definitiva, se ordene la reincorporación del actor, a fin de que pueda reunir los años de servicio exigidos por ley y poder percibir, lo que en derecho le corresponde, como haber de retiro previsional.- Asimismo, cuestiona la falta de reconocimiento de los salarios caídos, indicando que no es de aplicación al caso el fallo ?Rius?, ya que no se dan los mismos supuestos. Analiza dicha decisión y la doctrina que considera aplicable, como asimismo normativa constitucional y otros fallos de la C.S.J.N.- También cuestiona el fallo en cuanto desestima los rubros lucro cesante, pérdida de chance y lo condenado por daño moral, considerando que los fundamentos dados por el a quo son insuficientes y contradictorios, ya que reconoce que el lucro cesante ?constituye una privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial, importa impedir que la víctima del hecho ilícito obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico y que, en este caso, está representado por el sueldo que ha dejado de percibir?, para después desestimarlos alegando que el actor ya se encontraba en condiciones de retiro obligatorio, siendo que el mismo perdió su fuente principal de ingresos para su manutención y la de su familia, como asimismo ha perdido la chance de acceder a mejores remuneraciones derivadas de ascensos merecidos y lógicos según antecedentes y carrera profesional.- Asimismo, respecto del daño moral, se agravia por el monto reconocido (\$15.000,00) en tanto, considerando que se ha declarado la nulidad de la Junta Médica y todas las angustias padecidas por el actor a lo largo del proceso de más de 20 años, el mismo resulta arbitrario, debiendo ponderarse realmente el daño moral infringido al actor.- Cita jurisprudencia que considera aplicable, hace reserva del caso federal y confecciona petitorio de rigor.- Dichos agravios fueron replicados por la demandada a fs. 255/260 vta., a lo que en honor a la brevedad remito.- VI.- Por su parte, la demandada se agravia sosteniendo que la sentencia, al constituir una unidad lógico-jurídica, requiere que la parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria por derivación razonada del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación, recaudo que no consulta el decisorio de ?Segunda Instancia? (sic) el que, además, omite considerar cuestiones oportunamente propuestas por su parte, conducentes para la adecuada solución del juicio y hace una interpretación totalmente alejada de la Ley 20.416 y normas reglamentarias, que - reputa- no se ajusta ni a su letra ni a su espíritu. Indica que el ?a- quem?

(sic) prescinde de lo dispuesto en las demás leyes y decretos complementarios que regulan la cuestión, así como el mismo código civil aplicable en autos.- Aduce que existe una auto contradicción entre lo resuelto y los considerandos, terminando por resolver contrariamente a lo argumentado. En lo que respecta a la excepción de prescripción, también se agravia al advertir -dice- que el Tribunal de Alzada contraría los preceptos ya sostenidos por el A-quo en su fallo de primera instancia, toda vez que decide ?HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA DEMANDA interpuesta por el Sr. Jorge Joaquín Babikow, y en consecuencia declarar la nulidad de la Junta Médica del 11 de julio de 1994?, desconociendo y apartándose de los justos fundamentos vertidos por el Sr. Juez de Grado (sic) y, desde tal perspectiva de enfoque cabe señalar que si bien el Informe Médico por el que se dictamina su incapacidad data del 11 de julio de 1994, el cómputo del plazo de la prescripción tiene su punto de partida en la especie el 10 de abril de 1998, fecha en la que el actor fue notificado de la Decisión 276 por la que quedó agotada la vía administrativa, por lo que a la fecha de la interposición de la presente demanda -08 de julio de 2004-, el cómputo del plazo bienal ya había fenecido. Concluye en que corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la demandada y declarar prescripto el reclamo del actor. En tanto los restantes reclamos -salarios caídos y daños y perjuicios- resultan consecuencia de la eventual declaración de nulidad de la resolución cuestionada. Reitera que en virtud de lo explicitado, emerge con meridiana claridad la prescripción operada en estos autos conforme el criterio sentado por el a quo, cuestión planteada oportunamente en momentos de contestar demanda. Realiza otras consideraciones respecto del art. 25 de la Ley 19.549 y la defensa de prescripción del reclamo indemnizatorio.- Se agravia asimismo, de la imposición de costas a su parte, habida cuenta del resultado obtenido en la presente causa, toda vez que el tribunal ?de Alzada? (sic) explícitamente resuelve ?hacer lugar parcialmente a la demanda...? pero determina cargarlo exclusivamente con las costas. Agrega que el Tribunal no aplica las reglas de las costas judiciales de conformidad a las previsiones contenidas en el C.P.C.N. en su art. 68, entendiendo que las mismas se deben imponer en proporción al éxito obtenido por cada parte, o bien en el orden causado.- Solicita la aplicación de la Ley de consolidación de deudas (ver fs. 241 vta./242). Formula reserva del Caso Federal y finaliza con petitorio de estilo.- Dichos agravios no fueron replicados por la actora.- VII.- Así, sintetizados los agravios vertidos, por razones de orden metodológico, corresponde examinar en primer término, el recurso deducido por la demandada, toda vez que su eventual procedencia tornaría inoficioso el tratamiento de los restantes.- En tal tarea y en relación al primer agravio, relacionado a la prescripción de la acción, cabe remarcar que todos los fundamentos dados, incluso la redacción empleada, son dirigidos contra la sentencia dictada por esta Cámara en fecha 23/06/2016 (obrante a fs. 209/211), la que no fuera impugnada en el tiempo que para ello tenía, motivo por el cual adquirió los atributos de la ?cosa juzgada?. En tales condiciones, lo alegado en esta oportunidad deviene manifiestamente inadmisibles.- Respecto de la aplicación de la Ley 25.344 solicitada por el recurrente, cabe puntualizar que la misma ha sido expresamente aplicada por el a quo (ver fs. 223 vta.).- VIII.- En cuanto a la imposición de costas de primera instancia y en atención a cómo corresponde resolver el presente, no cabe más que su confirmación, toda vez que las mismas son un corolario del vencimiento y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho. Estas deben ser reembolsadas por el vencido, con prescindencia de la buena o mala fe, de su mayor o menor razón para litigar y de todo concepto de culpa, negligencia, imprudencia o riesgo y de la malicia o temeridad de su contrario (conf. Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Ed. Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, T. II-B, p. 111).- Asimismo, es criterio de este Tribunal que la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial no le quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas. Es por ello que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho. (Cfr. Morello, Sosa y Berizonce, ob. y t. cit, p. 61), más aún en los casos de derecho del trabajo y previsional -que ostenta la calidad de protectorio y tuitivo-, por lo que en el caso deben imponerse las costas en su totalidad a quien reviste el carácter de vencido -S.P.F.-, de acuerdo a lo consagrado por el aludido principio y lo resuelto en esta instancia.- En virtud de lo expuesto, cabe rechazar en todas sus partes el recurso interpuesto por el S.P.F., confirmando los puntos de la sentencia en crisis.- IX.- Ingresando a la consideración del recurso deducido por la actora, cabe desestimar inicialmente el agravio esgrimido en relación a la reincorporación solicitada. En efecto, al respecto es de señalar que si el a quo ha declarado la nulidad del acto administrativo (aspecto no cuestionado en esta instancia por la demanda, lo cual se encuentra firme y consentido) por el que se dispusiera el pase a retiro obligatorio del actor, lógico resultaría concluir en que los efectos de la nulidad retrotraen las cosas al estado anterior a su dictado, es decir, el actor debería volver a prestar servicios tal lo venía haciendo.- Al decir de Agustín Gordillo: ?La invalidación produce, o puede producir, efectos retroactivos: ?la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado.?(CSJN, Los Lagos S.A., 1941, JA, 75: 921, 926, 2a columna.?. ?De esta forma encontramos inicialmente dos tipos de consecuencias jurídicas a que pueden dar lugar los vicios del acto administrativo: a) unas, más graves, en las cuales el acto es insanablemente inválido, su invalidación produce efectos retroactivos ; b) otras, más leves, en las cuales el

acto es susceptible de ser saneado, en que la invalidación puede ser constitutiva Desde luego, ambos están dentro del principio general común de la invalidación a pedido de parte y no de oficio. A estos dos tipos de consecuencias jurídicas la Corte Suprema las llamó a veces, en el pasado, nulidad absoluta (o actos absolutamente nulos, o actos nulos de nulidad absoluta) y nulidad relativa (o actos nulos de nulidad relativa, etc.).? (El Acto Administrativo, IX- 'Sistema de Nulidades del Acto Administrativo', Tomo 9, pág. XI-16).- Ahora bien, considerando la edad actual del mismo, quien tiene más de 74 años edad, resulta correcto que conforme la Ley 13.018 de Retiros del Personal Penitenciario la reincorporación -tal lo señala el a quo- deviene de cumplimiento imposible.- Ahora bien, procede tener en cuenta que al pasar el actor a retiro obligatorio (conforme Resolución N° 111 del 16/02/1995 que dispone su pase a disponibilidad desde el 12/07/1994 a los efectos del retiro obligatorio -agregada al sobre de pruebas-) contaba con ocho (8) años de antigüedad (su ingreso data del 27/05/1986, conforme constancias de autos), y que el art. 5 de la Ley 13.018 exige una prestación de servicios mínima de 15 años, cabe reconocer en esta instancia los siete (7) años necesarios, a los fines de acceder a la haber de retiro, con el consecuente reconocimiento de los aportes necesarios a dichos fines (conforme escalas salariales vigentes desde el mes de septiembre de 1996 al mes de septiembre de 2001). A su vez, el requisito del límite de edad (50 años, conforme art. 4 de la ley) para el pase a retiro, se encontraba cumplido al momento mismo de que la demandada ordenara su retiro obligatorio (firme el 13.09.96 cómo se indicara).- Es decir, reunidas las condiciones exigidas por la ley, y siendo el derecho que le asiste, se encuentra en condiciones de percibir el haber mensual de pasividad del 50% conforme su categoría de ?Adjutor? (art. 10 - Ley 13.018) y sus años de antigüedad (15 años), lo que así se reconoce, debiendo el S.P.F. arbitrar las medidas necesarias a dichos fines, a fin de que, a partir de que la presente quede firme, proceda al pago del haber de pasividad correspondiente, en las condiciones indicadas.- Una decisión contraria -pese a la invalidez del retiro dispuesto-repugnaría el sentido de justicia.- IX.- En relación a los salarios caídos, resulta de plena aplicación la doctrina de fallos sentada por la CSJN, en cuanto no procede el pago de sueldos por funciones no desempeñadas a los agentes públicos dados ilegítimamente de baja, salvo disposición expresa y específica (Fallos: 304:199; 308:732 y G.442.XXIV "Glave, Alicia Aída c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" del 9 de diciembre de 1993).- Conforme lo dispuesto por dicho Alto Tribunal en ?Ristagno, Luis Bruno c/ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires?, haciendo suyo el Dictamen de la Procuración General (del 30/04/2002), la recurrente no logra dar fundamentos suficientes ni decisivos para permitir el apartamiento de conocida y antigua jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual no corresponde, como regla, el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del agente público dado ilegítimamente de baja y su reincorporación (Fallos: 307:1220; 308:1795), salvo disposición legal expresa y específica en contrario (Fallos: 297:427; 308:732; 313:473; 316:2922; 319:2507, entre muchos otros).- En efecto, merece destacarse que las circunstancias del caso autorizan plenamente la aplicación de dicha jurisprudencia, mantenida a través del tiempo a pesar de la inevitable diversidad de situaciones, no siendo ocioso señalar que la Corte expresamente desestimó cualquier diferencia entre los efectos ex tunc y ex nunc de la declaración de nulidad del acto a los fines de la doctrina citada (v. especialmente los precedentes de Fallos: 313:62 y 319:2507, ambos supuestos de cesantía).- Por otra parte, en cuanto al fundamento esgrimido en Fallos 304:199 (caso Rius establecido por el a quo e impugnado por el recurrente) procede señalar que el S.P.F. es un organismo del Estado, cuyo presupuesto se extrae del Tesoro Nacional, siendo el legislador quien debe establecer la forma en que ha de disponerse de los fondos públicos, pues está vedado a los jueces crear por vía analógica la obligación de entregar sumas de dinero a un agente en defecto de la prestación de servicios, está referido a la imposibilidad de originar nuevos conceptos que se traduzcan en obligaciones a cargo del Estado Nacional, a través de decisiones judiciales y no -como entiende el recurrente- a la modalidad de cumplimiento de las condenas que implican el pago de sumas de dinero, cuestión regulada por las normas que cita en materia presupuestaria.- En consecuencia, y tal como ha sostenido la CSJN en ?Ristagno no existe norma legal específica aplicable a la situación del actor de la que pueda extraerse autorización para el pago de sueldos correspondientes a tareas no desempeñadas ni razones atendibles que justifiquen la condena por salarios caídos, sin perjuicio de que se invoquen y prueben los daños ocasionados por la cesantía ilegítima (Fallos: 297:437; 302:786; 313:473).- X.- En lo que respecta al lucro cesante, siendo que responde al mismo fundamento esgrimido en relación a los ?salarios caídos?, por iguales razones expuestas anteriormente, corresponde su rechazo.- A diferencia del anterior, el ?rubro pérdida de chance?, denegado en la instancia anterior y respecto de lo cual se agravia el actor, en primer lugar debe precisarse que la expresión "chance" se vincula con los términos ocasión, oportunidad, probabilidad, expectativa tal como lo hiciera la suscripta como integrante de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de esta Provincia.- No obstante -señala Trigo Represas- hoy en día se acepta, en general, pacíficamente, la procedencia de la indemnización por pérdida de chance, habiendo resuelto nuestra Corte Suprema que para su procedencia debe acreditarse la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, o que su reparación es viable "si, conforme las verificaciones periciales, no se configuró un perjuicio hipotético o conjetural, sino la efectiva frustración de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" (C.S.J.N. in re: Emp. F.C. Argentinos c/ Galvez en "La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de

un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La Noción" - Félix Trigo Represas - Rev. de Derecho de Daños. Chances. Ed. Rubinza - Culzoni, 2008-1, p. 53 y ss.).- Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el mayor o menor grado de probabilidad de la "chance" indemnizable habrá de depender, en cada caso, de las particulares circunstancias fácticas del mismo, tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior al mismo.- En cuanto a la determinación de la existencia o no de una "chance" perdida se requiere, ante todo, como en los demás casos de daños patrimoniales, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido. Pero a continuación, como sólo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un razonado balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquélla, y, en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable que guarde proporción con la ganancia esperada y con la pérdida, como igualmente con las demás circunstancias del caso. Debe tenerse presente que, pese a no estar acreditado el monto del perjuicio, el valor debe igualmente ser fijado prudencialmente por los jueces, a tenor de lo dispuesto por el art. 165 in fine de los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires (idem).- Por su parte, señala Miguel A. Piedecasas que la posibilidad refiere a la aptitud, potencia u ocasión para que la cosa o el hecho existan o puedan suceder, y en cambio la probabilidad se refiere al grado de verosimilitud o razonabilidad prudente de que ello pueda suceder y que pueda ser probado. Son, ambas, condiciones de la chance. De manera tal que la denominada pérdida de chance sería la posibilidad probable de que un hecho sucediere o un bien existiere y que se frustra por un factor atribuible a otro, sin que se demuestre que no hubiere sucedido o existido de igual manera y que esta circunstancia sea cuantificable económica o patrimonialmente.- Destaca dicho autor que los criterios numéricos deben ser referenciales, más no decisivos ni exclusivos para su admisibilidad. Dice que, cuanto mayores sean las ganancias frustradas y la posibilidad de su existencia y probabilidad de obtención, mayor será el resarcimiento. Cuando hay certeza y no posibilidad ni probabilidad salimos del ámbito de la "chance" para ingresar en el lucro cesante, y en este criterio no existe discrepancia doctrinaria ni jurisprudencial. (Conf. ?La Pérdida de chance en la CSJN?, en Rev. cit. p. 173 y ss.).- Este autor expresa que la C.S.J.N. ha tenido innumerables oportunidades de pronunciarse acerca del tema tanto en lo referido a sus aspectos conceptuales como a su procedencia y cuantificación. Señala que estamos frente a "la frustración de una posibilidad futura, dentro del ámbito de las expectativas legítimas y verosímiles según el curso ordinario de las cosas". Se destacan las ideas de: frustración, posibilidad, verosimilitud, expectativas legítimas, y curso ordinario de las cosas. La referencia a las expectativas legítimas ofrece un aspecto subjetivo, que hace al reclamante, pero también un marco objetivo de realización de esas expectativas, conforme el contexto socio-histórico y económico del caso, entendido conforme el normal y razonable acontecer y conforme las especiales circunstancias del caso, sin caer en elucubraciones abstractas que desnaturalicen el instituto. A lo que se le debe agregar el elemento que refiere a la "probabilidad suficiente, que supera la condición de un daño eventual o hipotético, para convertirse en un perjuicio cierto y por ello resarcible en los términos del artículo 1067 del Código Civil.- El máximo tribunal se ha pronunciado acerca de la prueba del rubro "pérdida de chance", señalando que no es posible suponerlo sin acreditación alguna, y ello constituye un elemento de importante incidencia práctica, ya que deben probarse los extremos que demuestren la existencia de esa posibilidad y de ese perjuicio cierto y real, aunque en grado de probabilidad. La pérdida de chance no se supone.- Conforme a ello, y a los fines de resolver el agravio planteado, debo pronunciarme a favor de la procedencia de dicho rubro a favor del Dr. Babikow, teniendo en cuenta las pruebas rendidas y las circunstancias del caso.- Así, debe meritarse que el actor contaba con título de médico especialista en psiquiatría, recibido en la Universidad Nacional de Córdoba, profesión que ejercía en la Unidad Penitenciaria N° 7 desde su ingreso a la institución en el año 1984, en un primer momento en la categoría ?Subayudante? (ver fs. 98 vta.) y luego en la categoría ?Subadjutor? (ver fs. 107), para ser retirado obligatoriamente en la categoría ?Adjutor?, según lo reconoce la demandada al acompañar el legajo del actor (ver fs. 108). Tales circunstancias no se encuentran controvertidas y surgen del legajo respectivo.- Ahora bien, a fin de tomar un parámetro para la cuantificación del rubro en cuestión, cabe remarcar que no surge de las constancias de autos la certeza de a cuánto ascendían sus ingresos mensuales, salvo por los propios dichos del actor, quien manifiesta que percibía \$1.085,00, no determinado qué comprendía dicho monto, ni adjuntando recibo de sueldo alguno. Asimismo, el argumento de que otro médico psiquiatra (el Dr. Zuretti) ocupaba el cargo de ?Adjutor? a los 40 años de edad y a los 60 se retiró con el cargo de ?Alcaide? (ver fs. 248 vta.), no resulta suficiente, ni parámetro ponderable, ya que la situación de revista de cada agente penitenciario es única y particular, lo que - además - no se encuentra de manera alguna acreditado en autos.- Por lo que se ha entendido, en cuanto a la cuantificación económica de derecho de chance frustrado, para valorizarlo monetariamente, por ejemplo, en el caso de la frustración del ascenso, será la diferencia entre el salario de la grilla en que se encontraba al momento del retiro y la grilla inmediata superior que como probabilidad se hubiese obtenido (conf. Celia Weingarten y Carlos Ghersi, ?El derecho de chance en el Código Civil y Comercial de la Nación?, publicado en El Derecho - Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires,

22/02/2016, N° 13.899, Año LIV, ED 266).- Así, y a los fines de establecer su correspondencia, debe considerarse el 'Reglamento De Calificaciones, Ascensos Y Eliminaciones' del personal penitenciario - Decreto 1620/1973, el que establece que la calificación de los agentes penitenciarios será anual y confidencial (art. 1º) y en dos instancias (primero por el jefe directo y luego por jefe inmediato superior), en caso excepcional, en una instancia (art. 2º). Para evaluar, los calificadores deben tener bajo su dependencia a los agentes al menos tres (3) meses (art. 4º).- Por su parte, el art. 12 dispone que el informe de calificación será encabezado por una planilla con los datos y antecedentes del agente (antigüedad en el grado y en la Institución; funciones desempeñadas en el período correspondiente a la calificación y su carácter (titular, interino o accidental); felicitaciones y notas de mérito; sanciones disciplinarias con expresión de sus causas; inasistencias justificadas e injustificadas, los partes de enfermo y licencias extraordinarias; las disponibilidades, sus motivos y duración; los destinos, funciones, comisiones, adscripciones, transcritos en orden cronológico, con mención de documentación oficial; síntesis de los conceptos vertidos en los informes y documentos de inspección, que acrediten; distinciones y designaciones honoríficas o meritorias obtenidas por el agente; calificaciones y menciones meritorias o de desaprobación obtenidas en cursos, trabajos, pruebas o concursos de competencia, en que intervinieren en razón de su función; antecedentes económicos (embargos, incumplimiento de obligaciones certificadas, etc.).- A su vez, la calificación versará sobre capacidad (datos intelectuales y formación cultural general, profesional y especializada); competencia para la función (dentro de su ordenamiento escalafonario y grado); rendimiento (dedicación, producción y eficacia funcional); conducta (contenido ético de su comportamiento en el servicio); aptitudes físicas (art. 13).- La misma debe ser evaluada numéricamente y oscilará entre cero (0) y cien (100) puntos con la siguiente correspondencia conceptual (0-39= Deficiente; 40-49= Regular; 50-59= Bueno; 60-69= Muy Bueno; 70-79= Distinguido; 80-89= Excelente y 90-100= Sobresaliente) -art. 14.- Por su parte, a los fines de 'Ascensos y Eliminaciones', el art. 33 del citado Reglamento dispone que los ascensos se producirán al 31 de diciembre de cada año y, según art. 37, para ser 'considerado' en el orden de mérito para el ascenso, el agente ordenado en el Escalafón Profesional, Personal Superior (que revestía el actor), deberá poseer una antigüedad mínima en el grado. Así: Subprefecto: Cinco (5) años. Alcaide mayor: Cinco (5) años. Alcaide: Cuatro (4) años. Subalcaide: Cuatro (4) años. Adjutor principal: Cuatro (4) años. Adjutor: Tres (3) años. Subadjutor: Cuatro (4) años. Subadjutor auxiliar: Tres (3) años. Cabe advertir que no figura en autos, como parte del legajo del actor (agregado a fs. 98/108), calificación tan detallada como expresa la normativa, por lo que cabe concluir que no existía impedimento alguno para que se lo considere a los fines de su ascenso.- Así a fs. 100 figura bajo la consigna 'Calificaciones y Conceptos Obtenidos' que el Sr. Babiwow 'merece ser confirmado en el cargo' (entiéndase 'Subayudante' -que es el de ingreso-), aunque no surge del mismo, a qué año corresponde la misma, se entiende de sus constancias que es al mes de mayo de 1.987 (a un año de ingresado al SPF).- A fs. 107, bajo la consigna 'Observaciones' surge que a partir del 01/04/1987 (2 años después) pasó a la categoría de 'Subadjutor', y a fs. 108, la demandada confirma que la categoría del Dr. Babikow -al momento del retiro obligatorio (año 1994)-es la de 'Adjutor'.- Que conforme la proyección antes apuntada, y según la normativa señalada, es justo concluir que, al menos, el actor hubiera logrado obtener una (1) categoría más a la que revestía ('Adjutor') al momento de su retiro obligatorio, esta es, la de 'Adjutor Principal'.- Por tal circunstancia, y a los fines de su justa cuantificación, corresponde acudir a la pauta del haber mensual fijado por el Decreto 2807/93 para el personal penitenciario, vigente a la fecha del distracto, el que ascendía a la suma de \$552,00 mensuales, en la categoría de 'Adjutor Principal' -una categoría más que la que revestía el actor como 'Adjutor' al momento del retiro obligatorio, el que se toma en su totalidad en razón de la particular situación de autos.- Sentado lo expuesto, debo precisar, además, que a los fines de la cuantificación de dicho daño, resulta conveniente reivindicar las bondades de la utilización de fórmulas para la obtención de un monto indemnizatorio, si bien no las meramente aritméticas, sí las que provee la matemática financiera.- Así se ha destacado por algunos tribunales de nuestro país que si bien el quantum "...queda librado a la prudencia de los jueces (art. 1.084 Cód. Civ.), no puede depender de una valoración absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar una mera "enunciación de pautas" realizada de una manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso concreto, al resultado que se arriba. Por el contrario, tiene que ser el fruto de un razonamiento exteriorizado en la sentencia, sobre bases objetivas y cuyo desenvolvimiento puede ser controlado desde la óptica de la sana crítica racional" (Sents. N° 46/00 y 131/00, entre otras, de la suscripta como integrante de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Provincia del Chaco).- "En razón de ello se hace aconsejable la elección, dentro de lo posible, de un procedimiento uniforme para la fijación del importe indemnizatorio que, a la par de facilitar el contralor de las partes, del Tribunal de Casación y del público en general, sobre el modo y los elementos tenidos en cuenta para arribar a aquel monto, facilite a los litigantes una herramienta idónea para arribar a una razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos, circunstancia que facilitaría la composición de muchos de ellos por el libre acuerdo de las partes, con un menor desgaste jurisdiccional y una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios" (Conf. Trib. Sup. de Córdoba, Sala Penal, 22/03/84, "Marshall, Daniel A.", L.L., Córdoba, II- 689).-

A tal fin y tal el criterio sostenido por este Tribunal en "Godoy, Ariel Fabian C/ Servicio Penitenciario Federal S/ Contencioso Administrativo - Varios", FRE 11004196/2006/CA1 -entre otros- en sentencia del 13/11/2018, hemos reputado correcto aplicar una conocida fórmula que provee la matemática financiera: $C = a \cdot (1 - V^n) \cdot 1/i$ Donde "C", representa el capital cuya cuantía queremos conocer; "a" simboliza la suma periódica anual (12 meses de salario más S.A.C) que debe engendrar el capital buscado; "Vn" es un valor que se obtiene según la siguiente fórmula: $1/(1+i)^x$, donde "x" corresponde al número de períodos de amortización; "i", expresa la tasa de interés en tanto por uno (5% anual se debe expresar 0,05). (Conf. Derecho de Daños, Primera Parte "Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daño a la persona", trabajo del Dr. Héctor Iribarne, p. 191/213).- Cabe ponderar, además, que -conforme lo resuelto precedentemente- al Sr. Babikow le faltaban siete (7) años para poder acceder al haber de retiro, por lo que dicho plazo será el período de amortización a tener en cuenta.-

Consecuentemente, efectuados los cálculos pertinentes sobre las bases sentadas, tenemos que: $\$552 \times 13 = \$7.176,00 \times (1 - 0,710) \times 20 = \$41.620,80$ suma que, conforme criterio señalado debe reducirse en un 30%, en razón de ser éste el porcentaje estimado para gastos propios de la víctima. Arribándose así a la suma de $\$29.134,56$ en concepto de indemnización por pérdida de chance.- XI.-

En lo que respecta al daño moral, al decir de Matilde Zabala de González el principio de individuación del daño requiere que la valorización del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima. Todas ellas como indicios extrínsecos que permitan inferir la existencia del perjuicio moral y su magnitud, bajo la óptica de la sensibilidad del hombre medio, de la cual el magistrado representa el intérprete más seguro, pero sin descuidar al hombre real, ya que a apreciación de todo daño debe hacerse en concreto, no en abstracto. (idem pág. 548/9).- Ahora bien, siendo que el mismo queda al prudente arbitrio judicial, lo cual es lógico ante la imposibilidad de cuantificar matemáticamente dicho daño que hace a la afectación de los aspectos más íntimos de las personas, y teniendo en cuenta que el monto fijado en primera instancia ($\$15.000,00$) lo fue a la fecha del hecho dañoso, considero que el mismo resulta razonable.- Para resarcir el daño moral, no es necesario fijar un porcentaje sobre lo determinado por daño material (el cual en el caso de autos tampoco se encuentra justipreciado), porque se trata de indemnizaciones que no se relacionan entre sí -más allá que sea un aspecto a considerar- ya que para su determinación debe tenerse en cuenta la gravedad objetiva del daño y su repercusión en la situación familiar y personal de la víctima, sin que ello deba ser proporcional a la del perjuicio material. Ello en tanto que carece de efectos sobre el patrimonio porque provoca un detrimento en los sentimientos morales de la persona, tutelados por la ley.- XII.- Finalmente, las costas en esta instancia -las que se independizan de las primeras- deben ser soportadas de la siguiente manera: un 80% a cargo de la demanda y un 20% a cargo de la actora, considerando que el recurso de la primera no prosperó y el de la segunda sólo tuvo un éxito parcial, difiriendo la regulación de honorarios para cuando se fijen los de primera instancia. No corresponde regular honorarios al apoderado del S.P.F. en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley de aranceles.- Los Dres. José Luis Alberto Aguilar y Rocío Alcalá dijeron: Que por los fundamentos expuestos por la Vocal preopinante, adhieren a su voto.- Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1. RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 228 por la demandada y, en consecuencia, confirmar el fallo de primera instancia en los aspectos cuestionados.-

2. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto a fs. 227 por la actora, modificando la sentencia de fs. 217/224 vta. en lo que hace al reconocimiento de aportes -a los fines del haber de retiro- y el rubro "pérdida de chance" en la suma de $\$29.134,56$ más intereses a tasa pasiva y conforme las previsiones de la Ley 25.344, con los alcances y especificaciones desarrolladas precedentemente, confirmando el resto de la sentencia en lo sustancial.- 3. IMPONER LAS COSTAS de Alzada en un 80% a cargo de la demanda y un 20% a cargo de la actora, difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el acuerdo que antecede.- 4. COMUNICAR a la Dirección de Comunicación y Gobierno Abierto dependiente de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme Acordada N° 33/18 de ese Tribunal.- 5. REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.-

Fecha de firma: 20/03/2019 Alta en sistema: 21/03/2019 Firmado por: JOSE LUIS AGUILAR, JUEZ DE CAMARA Firmado por: MARIA DELFINA DENOGENS, JUEZA DE CAMARA Firmado por: ROCIO ALCALA, JUEZ DE CAMARA Firmado por: SONIA G. VOIQUEVICH, SONIA G. VOIQUEVICH -SECRETARIA- 038000E