



BOLETÍN JURÍDICO N° 9

SUMARIO

01 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1.1.- Federalismo. Distribución de competencias entre provincias y Nación. Los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121 CN), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75 CN). Las leyes provinciales están limitadas por las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo. Los actos de la legislatura de una provincia pueden ser invalidados en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo y excluyente poder; o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; o cuando hay una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre la norma provincial y la del Congreso, en cuyo caso debe prevalecer esta última en virtud del principio de supremacía nacional consagrado en el art. 31 de la Constitución Nacional.

Poder de policía. Medicamentos. Esferas competenciales. Competencia compartida y concurrente. La distribución y comercialización de medicamentos a nivel nacional corresponde en forma exclusiva a la jurisdicción federal. El expendio de medicamentos en establecimientos situados en el territorio de una provincia y la regulación del ejercicio de la profesión de farmacéutico conciernen al ámbito provincial. La delimitación del alcance del ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos en el ámbito local es competencia de la provincia. En la especie, no está acreditado que normas provinciales regulatorias de la actividad farmacéutica entorpezcan las políticas nacionales fijadas en normas federales. Incumbe a la provincia decidir el nivel de protección de la salud pública que debe garantizarse en el expendio de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos. Inexistencia de repugnancia efectiva entre normas provinciales y nacionales. El art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires no configura un indebido avance provincial sobre la atribución del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo y legislar sobre el derecho de comprar y vender bienes.

Razonabilidad. La regulación provincial que excluye a las sociedades anónimas de los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos en su territorio, constituye una reglamentación razonable.

- **CSJN**, “Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, de 30 de junio de 2021.

1.2. Ejecución de sentencia. Condena a una provincia al pago de suma de dinero en concepto de indemnización por los daños y perjuicios. Incumplimiento. Ejecución de sentencia contra una provincia. Embargo sobre fondos coparticipables. El embargo es un paso insoslayable del procedimiento de ejecución de sentencia.

- **CSJN**, “Bergerot, Ana María y otro c/ Salta, Provincia de y otro s/ incidente de ejecución de sentencia”, 16 de julio de 2021

1.3.- Derecho de defensa en juicio. Recurso directo. Omisión de dar traslado al organismo estatal demandado. Grave violación a la garantía constitucional del debido proceso y de defensa en juicio. Artículo 18 de la Constitución Nacional. Nulidad de todo lo actuado

• **CSJN** “Asociación Civil Inter Artis Argentina – SAGAI y otro c/ I.G.J.”, de 25 de febrero de 2021.

1.4.- Sentencia. Sentencia que ignora el régimen legal vigente y el propósito del legislador Ciudadanía argentina. Conocimientos elementales del idioma castellano. Improcedencia. Aplicación de régimen legal derogado.

• **CSJN**, “Liu, Cairong s/ solicitud carta de ciudadanía”, de 11 de febrero de 2020.

1.5.- Legitimación procesal activa. Amparo colectivo. Intendente municipal. Tutela de los derechos de los habitantes del municipio que son usuarios del servicio de energía eléctrica. Legitimación. Presupuesto necesario para que exista un caso o controversia. El artículo 43 CN, segundo párrafo, solo reconoce legitimación anómala o extraordinaria para intervenir en el proceso en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones. No habilita la actuación de las autoridades locales —provinciales o municipales— para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza. La legislación local no puede ampliar la legitimación colectiva fijada en las normas nacionales para litigar ante la justicia federal. La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exige que, de manera previa a su inscripción, los tribunales verifiquen si la acción fue promovida como colectiva, dicten la resolución que declare formalmente admisible la acción, identifiquen en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozcan la idoneidad del representante y establezcan el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

• **CSJN**, “Grindetti, Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y otro s/ amparo colectivo”, 15 de abril de 2021.

02

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

2.1.-Acto administrativo. Anulación. Requisitos materiales y formales de validez del acto extintivo. Inobservancia grave de las formas esenciales. Ausencia de participación defensiva del afectado en el procedimiento de formación del acto revocatorio. Violación del debido proceso adjetivo. Conocimiento del vicio. Falta de acreditación. No está demostrado el conocimiento irrefutable e indiscutible de una infracción estructural genética u originaria. Inconstitucionalidad e inconveniencia del acto revocatorio. Acto administrativo dictado en discordancia con el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional. Desconocimiento del régimen de protección de la mujer trabajadora embarazada. Violación de la estabilidad de la trabajadora durante período de gestación. Prescendencia del ordenamiento jurídico de los derechos humanos en cuanto establecen la protección especial a favor de las trabajadoras embarazadas. El marco jurídico establecido por las normas constitucionales y convencionales son un mandato vinculante y no una mera opción. Vicio grave en la causa y el objeto del acto revocatorio.

• **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal**, “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO”, 8 de julio de 2021.

03 CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO y DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Medidas cautelares contra el Estado. Suspensión de los efectos de un acto administrativo. Obra pública. Equiparación a sentencia definitiva. Requisitos de procedencia. Ilegitimidad manifiesta. Peligro irreparable en la demora. Ineludible consideración del interés público.

- **CSJN**, “Astilleros Alianza SA c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 8 de octubre de 1991.

04 CLÁSICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

Acción declarativa de inconstitucionalidad. Pretensión declarativa tendente a precaver los efectos de un acto en ciernes al que se le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal. Solicitud de declaración de certeza que no tiene carácter consultivo ni meramente especulativo. Caso. Ausencia de daño consumado. Existencia de interés real y concreto susceptible de protección legal actual. Finalidad preventiva. Similitudes y diferencias con el amparo preventivo. Inadmisibilidad del amparo para determinar las órbitas de competencias del gobierno federal y las provincias.

- **CSJN**, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y /o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción de amparo” 20 de agosto de 1985 (Fallos 307:1379).

05 SECCIÓN DOCTRINA

Las bases de la responsabilidad del Estado,

Por Patricio M.E. Sammartino, publicado en Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado Año 5 - N° 5, pp. 155-237, otoño 2021.

Resumen: Los artículos 1764 a 1766 del CCC y la Ley 26.944, de Res-ponsabilidad Patrimonial del Estado, son un punto de inflexión para el derecho público argentino. Marcan el tránsito de un régimen de base jurisprudencial, esencialmente disperso y variable, a un esquema sistemático de ordenación de carácter legal. Ello descarta definitivamente la declamada posibilidad de privatizar del derecho público. El plexo legal vigente, sin embargo, no es un punto de partida. Sus bases fueron labradas por la jurisprudencia del alto tribunal durante las últimas décadas de gobiernos de jure. Con todo, el sistema normativo vigente tampoco puede ser considerado un punto de llegada ni de ruptura. Es un eslabón, una pieza —necesaria, aunque incompleta— en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 30 de Junio de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que Farmacity S.A. (en adelante Farmacity S.A.) promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la resolución 35/12 dictada por el Ministerio de Salud de esa provincia y de la nota 1375/11 y la disposición 1699/11 emitidas por la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria. Asimismo, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 14 de la ley local 10.606 (T.O. ley 11.328).

Relató que mediante los actos mencionados se le denegó una solicitud genérica para operar en el ámbito provincial y un pedido de habilitación para poner en funcionamiento una farmacia en la localidad de Pilar.

Adujo que el art. 14 de la ley 10.606, al enumerar las personas que pueden ser autorizadas a instalar farmacias, no incluye a las sociedades anónimas, lo que vulneraría diversas normas federales, entre ellas el decreto nacional 2284/91 de Desregulación Económica, en especial su art. 13, y los arts. 14, 16, 28, 75, incs. 12, 13 y 18, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

Alegó además que el art. 3° de la ley provincial cuestionada, al establecer una serie de restricciones en cuanto a la localización de las farmacias, vulnera el régimen de la libre competencia consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 25.156, como también el mencionado art. 13 del decreto 2284/91.

2°) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la actora y confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la demanda.

Indicó que la enumeración contenida en el art. 14 de la ley 10.606 con respecto a los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos resulta taxativa. Ello deriva, según sostuvo, de la letra de la norma y del carácter de servicio de utilidad pública que posee la industria farmacéutica.

Expuso que el art. 13 del decreto 2284/91, en cuanto establecía que cualquier persona física o jurídica puede ser propietaria de farmacias, solo resultaba de aplicación obligatoria en la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que el art. 119 de esa norma solo invitó a las provincias a adherir al régimen allí establecido.

Puntualizó que, si bien mediante el decreto provincial 3942/91 el gobernador adhirió a los principios del



Corte Suprema de Justicia de la Nación

régimen de desregulación estatuido por el citado decreto 2284/91, de ello no se desprende la derogación automática del art. 14 de la ley 10.606, pues la incorporación al régimen local de lo establecido en aquella norma exigía actuaciones legislativas y administrativas ulteriores que en definitiva no se concretaron.

Sostuvo que la mera sanción de una norma nacional no tiene como consecuencia directa la derogación de toda la normativa local que ha sido dictada en ejercicio de facultades propias, como es la relativa al gobierno de las profesiones.

En ese orden de ideas, expresó que la ley 10.606, al regular la propiedad de los establecimientos farmacéuticos, reglamenta una determinada modalidad de ejercicio profesional, competencia que corresponde a los poderes locales. Además, indicó que la exclusión de las sociedades anónimas como sujetos que pueden ser titulares de farmacias, se revela como una manifestación del poder de policía en materia de salubridad que corresponde a las provincias, mientras que la Nación lo ejerce dentro del territorio de aquellas cuando expresamente le ha sido conferido o resulta una consecuencia de alguna facultad constitucional, supuestos que, a su criterio, no se configuran en el caso.

Negó que el art. 14 de la ley 10.606 vulnere la facultad del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo, consagrada por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Sostuvo que la ley local, al regular la propiedad de las farmacias, determina las condiciones exigidas para poder desarrollar una actividad que requiere habilitación expresa, materia que no integra el derecho común que el Congreso Nacional debe establecer mediante la legislación de fondo, sino el poder de policía a cargo de las provincias.

Expresó que la norma impugnada posee la razonabilidad necesaria para superar el test de constitucionalidad. En ese orden de ideas, indicó que el argumento de que la salud pública resultaría suficientemente protegida con la exigencia de que un farmacéutico se desempeñe como director técnico, como había alegado la actora, constituía una mera apreciación personal del recurrente, inidónea para invalidar el criterio adoptado por el legislador.

Añadió que la delimitación de quiénes pueden ser titulares de farmacias mantiene una directa relación con diversos aspectos fundamentales de la organización de la actividad, que resultan independientes de la forma en que se estructura la dirección técnica, y también permite individualizar a las personas físicas que prestan el servicio.

Además, negó que el art. 14 de la ley impugnada conculque la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional. Para fundar esa aseveración, indicó que las sociedades anónimas presentan características específicas que justifican un tratamiento diverso con relación a los tipos



Corte Suprema de Justicia de la Nación

societarios que, de acuerdo a aquella norma, pueden ser propietarios de farmacias.

Por último, consideró inoficioso resolver acerca de la validez constitucional del art. 3° de la ley 10.606, en razón del modo en que decidió lo relativo al art. 14 de esa ley.

Por su parte, el juez Soria efectuó en su voto algunas consideraciones adicionales, destacando que el art. 14 de la ley provincial cuestionada establece las modalidades de ejercicio de la profesión de farmacéutico, sin alterar las condiciones bajo las cuales se comercializan los bienes. Concluyó que las definiciones legales contenidas en la ley 10.606 son del resorte exclusivo de las autoridades locales, por lo que no se advierte que el legislador provincial se haya extralimitado en el ejercicio de sus potestades.

3°) Que, contra esa decisión, Farmacity S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 36/55 vta. que, denegado, dio origen a la queja en examen.

Arguye que el art. 13 del decreto 2284/91 derogó todas las restricciones a la propiedad de las farmacias que afectaban a las sociedades comerciales.

Aduce que lo establecido en el art. 119 del decreto mencionado, que invitó a las provincias a adherir al régimen de desregulación, no resulta extensivo a lo dispuesto en el citado art. 13, en el que se reguló una materia propia de la Nación,

cuya aplicación a todo el territorio del país resulta directamente operativa.

Alega que la Nación posee atribuciones constitucionales exclusivas para legislar sobre la propiedad de las farmacias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. En ese sentido, dice que la normativa federal en materia de farmacias ha sido dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de facultades que le han sido atribuidas por la Constitución Nacional y, por ende, tiene prevalencia frente a normas locales que resulten contrarias a sus previsiones.

Argumenta que el art. 14 de la ley 10.606 carece de razonabilidad, pues es la dirección técnica y no la propiedad sobre la farmacia lo que posee una incidencia directa en la correcta prestación del servicio. En ese orden de ideas, plantea que la seguridad, eficacia y disponibilidad de los medicamentos resultan garantizadas por la presencia obligatoria de un director técnico profesional farmacéutico y no por la exclusión de ciertos tipos societarios como propietarios de farmacias.

Concluye que la norma local resulta inconstitucional ya que no guarda una adecuación racional entre el fin perseguido y el medio adoptado para procurar su obtención, aspectos que no habrían sido correctamente tratados por el *a quo*.

Plantea que la norma cuestionada conculca el principio de igualdad, en tanto admite que otro tipo de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sociedades comerciales que también persiguen fines de lucro puedan ser propietarias de farmacias, motivo por el cual no advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluirla de lo que concede a entidades similares en idénticas condiciones.

Finalmente, afirma que el planteo de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 10.606 no se ha tornado abstracto en atención a que le asiste el derecho a ser propietaria de establecimientos farmacéuticos de acuerdo con lo prescripto en las normas federales aplicables, en particular el art. 13 del decreto 2284/91, que no establece restricciones en cuanto a la localización de las farmacias.

4°) Que la señora Procuradora Fiscal entendió en su dictamen que “[...] el art. 14 de la ley 10.606 resulta inconstitucional, pues aun cuando se refiere a la autorización para instalar o enajenar farmacias, en rigor de verdad avanza sobre la regulación de lo concerniente a su titularidad -materia que [...] es de exclusiva competencia del Congreso de la Nación- conculcando de este modo los principios consagrados en los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional”. Sobre esas bases, dictaminó que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto declara la validez constitucional del art. 14 de la ley 10.606, declarar la nulidad de los actos locales que se fundan en el impedimento que esa norma prevé y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se pronuncie acerca del planteo de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley local 10.606.

5°) Que esta Corte habilitó la intervención de amigos del tribunal y convocó a audiencia pública (ver fs. 184, 209 y 222/222 vta.) de la que dan cuenta las actas agregadas a fs. 349/349 vta. y 369.

6°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de normas provinciales (arts. 3° y 14 de la ley 10.606) bajo la pretensión de ser contrarias a la Constitución Nacional y a otras normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido favorable a la legislación provincial (art. 14, inc. 2°, de la ley 48).

7°) Que la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires -en lo que aquí interesa- dispone en su art. 14 (texto según ley 11.328): "Serán autorizadas las instalaciones ó enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas ó Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia. c) De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando éstos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ó los socios comanditarios no podrán participar de más de tres (3) Sociedades propietarias de Farmacias. d) De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios. e) De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearan instalar una Farmacia para sus asociados, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco (5) años en su actividad social reconocida. 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24° de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas Farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados ó afiliados de la Entidad ó Entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras Obras Sociales, Entidades Mutuales y/o Gremiales. 4. Estas Farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud. 5. El Balance de estas Farmacias debe estar integrado en el Balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas Farmacias en ningún caso podrán ser entregadas en concesión, locación ó sociedad con terceros, sea en forma declarada ó encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin

perjuicio de otras sanciones que puedan aplicarse según el caso".

8°) Que a nivel nacional la ley 17.565 regula lo atinente a la industria farmacéutica. Esa norma contiene prescripciones referentes a la dirección técnica (Capítulo III), las droguerías (Título II), las herboristerías (Título III), las sanciones estipuladas en caso de infracciones (Título IV), y el procedimiento previsto para su aplicación (Título VI).

Lo referente a la propiedad de los establecimientos farmacéuticos ha sido modificado por el decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307, en el que se dispuso, entre otras medidas, la desregulación del comercio interior de bienes y servicios. Así, en el art. 13 se estableció que "Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización". Asimismo, se invitó a las provincias a adherir al régimen sancionado en el decreto, en lo que a ellas compete (art. 119).

Luego, el decreto 240/99 aclaró expresamente que fueron derogados los arts. 14, 15 y 16 de la ley 17.565.

9°) Que, sentado lo anterior, cabe recordar que los agravios de la actora se dirigen a cuestionar en primer lugar la competencia de la Provincia de Buenos Aires para legislar la materia, a través del dictado de la ley que se impugna con



Corte Suprema de Justicia de la Nación

fundamento en el art. 75, incs. 12, 13, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Asimismo, la demandante pretende que, aun en la hipótesis de que fuesen reconocidas tales facultades a la autoridad provincial, se declare la inconstitucionalidad de la restricción para ser propietario de establecimientos farmacéuticos para ciertos tipos societarios que contiene la norma local, por la afectación de los principios de razonabilidad, igualdad, y libertad económica, entre otros.

10) Que como fundamento liminar para el estudio del primer agravio, con referencia a las facultades constitucionales de la Provincia de Buenos Aires para legislar en la materia, es preciso recordar que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186; 312:1437; 329:976; 332:66, entre muchos otros).

Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 7:373; 320:89, 619; 322:2331; 338:1110).

En tales condiciones, es lógico concluir, tal como lo ha hecho la Corte desde sus orígenes, que los actos de la legislatura de una provincia no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo y excluyente poder; o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; o cuando hay una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre la norma provincial y la del Congreso, en cuyo caso debe prevalecer esta última en virtud del principio de supremacía nacional consagrado en el art. 31 de la Constitución Nacional (Fallos: 3:131; 302:1181; 320:619; 322:2331, entre muchos otros).

11) Que a la luz de tales directrices cabe puntualizar que no se discute en autos la comercialización y distribución de medicamentos en todo el territorio nacional, sino solo su expendio en establecimientos situados en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

En tales condiciones, se advierte que la materia bajo examen no encuadra en las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a la provincia. Por ende, corresponde concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ello es así por cuanto la materia involucra, además de la reglamentación del expendio local de este tipo de productos, la regulación del ejercicio de la profesión de farmacéutico, las condiciones de habilitación de los locales y el poder de policía en materia de salubridad.

En efecto, el expendio de medicamentos, por sus especiales características, es una actividad inescindible del ejercicio de la profesión farmacéutica. Corresponde a las competencias provinciales el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, siempre que no desconozcan la eficacia del título nacional habilitante (doctrina de Fallos: 156:290; 224:300; 320:2964; 323:1374). Ello permite a las autoridades provinciales establecer, dentro de la razonabilidad, requisitos y modulaciones para asegurar la rectitud y responsabilidad con que las profesiones liberales son ejercidas (Fallos: 323:2978; 325:1663).

Sin perjuicio de lo expuesto, en este caso, la competencia concurrente también está fundada en el principio de aplicación eficaz de los derechos del consumidor.

En efecto, la norma impugnada pretende proteger la salud de quienes consumen medicamentos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable. En este sentido, es pertinente mencionar que si los medicamentos se consumen innecesaria o incorrectamente pueden perjudicar gravemente la salud, incluso sin que el paciente pueda advertirlo durante su administración.

En tales condiciones, también el art. 42 de la Constitución Nacional justifica la existencia de disposiciones provinciales complementarias que tengan por finalidad lograr, junto a las normas nacionales en la materia, una aplicación más efectiva de los derechos del consumidor.

Por otro lado, el consumo excesivo y la utilización incorrecta de medicamentos suponen un derroche de recursos financieros de los sistemas de seguridad social, que resulta perjudicial porque el sector farmacéutico debe responder a necesidades crecientes y genera gastos considerables. Así, incumbe a la provincia demandada someter el ejercicio de la profesión a condiciones estrictas a fin de asegurar el nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población.

Con arreglo a lo expresado, el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente.

Siendo esta una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con



Corte Suprema de Justicia de la Nación

relación al fin especial que persigue, la protección de la salud.

El modo en que lo hace debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable.

En ese orden de ideas, como se señaló en la reseña normativa, mediante el decreto 2284/91 el Poder Ejecutivo Nacional -en ejercicio de competencias sustancialmente legislativas- dispuso diversas medidas tendientes a facilitar el comercio, eliminando una gran cantidad de restricciones a la oferta de bienes y servicios en distintos mercados, y dispuso invitar a las provincias a adherir al régimen allí establecido (art. 119). Vale señalar además que en los considerandos de ese decreto se invocó la necesidad de facilitar "[...] la libre instalación de farmacias por parte de cualquier persona física o jurídica que reúna las calidades que se requieren para desempeñarse en esa actividad", lo que expresa la idea de que la actividad estaría limitada por las restricciones que demandase el interés general.

12) Que asentado lo anterior, y dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, debe examinarse si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera.

En este punto, la actora sostiene que tal incompatibilidad tiene lugar puesto que la ley provincial impone

mayores restricciones que la ley nacional con relación a los sujetos que pueden poseer la propiedad de los establecimientos farmacéuticos.

Esa afirmación, sin embargo, no alcanza para determinar su invalidez, según la jurisprudencia de esta Corte.

El Tribunal ha sostenido, desde sus orígenes, que el simple hecho de que ambas jurisdicciones regulen el asunto de maneras diferentes no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una "repugnancia efectiva", un "conflicto irreparable", lo que ocurre cuando la aplicación de la legislación provincial provoca un "óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional de protección", de modo tal que el único camino a transitar por esta Corte sea el de restar validez a las normas locales en orden a restablecer la precedencia del derecho federal (doctrina de Fallos: 3:131; 137:212; 239:343; 300:402; 333:1088, voto de la jueza Argibay).

En línea con estas pautas, la parte actora debía -además de invocar la disparidad entre las normas- probar que la aplicación de la ley provincial entorpecía severamente la política nacional fijada en la ley 17.565 y los decretos 2284/91 y 240/99, lo cual no se verifica en el *sub examine*.

Por lo demás, una lectura integral y armónica de las dos regulaciones permite concluir que son normas complementarias que pretenden avanzar en la concreción de políticas públicas comunes en orden a la protección de derechos fundamentales de la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

población y, en particular, de los consumidores de productos farmacéuticos.

En este punto, es preciso distinguir la distribución y comercialización de medicamentos a nivel nacional, que corresponde en forma exclusiva a la jurisdicción federal, del expendio de esos productos en el ámbito provincial.

También debe diferenciarse el derecho a ejercer la profesión de farmacéutico, que otorga el título habilitante, con los requisitos para obtener la habilitación de una farmacia. Así, la ley local regula el ejercicio de actividad profesional mediante el establecimiento de una farmacia en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

La articulación de estos dos ámbitos no es una cuestión de jerarquía normativa, sino de esferas competenciales distintas. Esto es, el Estado Nacional adoptó medidas tendientes a facilitar la comercialización y distribución de medicamentos a nivel nacional, pero delimitar el alcance del ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos en el ámbito local es competencia de la provincia.

En ese marco, corresponde a la regulación provincial contemplar el interés general involucrado en el ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos, de conformidad con sus propias políticas públicas. De este modo, serán válidas constitucionalmente las distintas modulaciones o limitaciones en el concreto ejercicio de la actividad en aras de coordinar el

interés privado con el interés general, siempre y cuando sean razonables.

Por lo demás, incumbe a la provincia decidir el nivel de protección de la salud pública que debe garantizarse en el expendio de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos.

Por ello, el hecho de que el legislador local —a diferencia del nacional— haya optado por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel más elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población, no alcanza para demostrar una “repugnancia efectiva” en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal. Una interpretación diferente sería incompatible con la amplitud de las atribuciones que las legislaturas provinciales se reservaron para promover el bienestar de sus poblaciones y con la consiguiente proscripción de cualquier interpretación extensiva de aquellas normas que introduzcan límites a dicho poder provincial.

13) Que lo hasta aquí expuesto permite concluir que el art. 14 de la ley local impugnada no invade las competencias atribuidas a la Nación en el art. 75 de la Constitución Nacional, pues la norma solo define, dentro del ámbito de los poderes locales, quiénes se encuentran habilitados para el ejercicio de la actividad farmacéutica mediante la dispensa al público de medicamentos en un local situado en esa jurisdicción.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Así, la norma dispone que la actividad solo puede realizarse en un establecimiento cuya propiedad corresponda a un profesional farmacéutico con título habilitante o a alguna de las demás personas previstas en la ley.

Ello no altera lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación con respecto a la capacidad de las personas, porque cualquier persona capaz puede comprar y vender bienes en el ámbito provincial. Pero si desarrolla la profesión farmacéutica y se destina el local a la comercialización de medicamentos, ambas prácticas resultan inescindibles y el ejercicio de los derechos asociados a la actividad debe ajustarse al derecho administrativo local.

En tales condiciones, la norma en cuestión regula el ejercicio de la actividad profesional en el ámbito local, sin alterarse las condiciones bajo las que se comercializan los bienes (art. 75, inc. 13, Constitución Nacional) ni la regulación nacional en materia de expedición de títulos (art. 75, inc. 18, Constitución Nacional).

Por las razones expresadas, cabe concluir que el art. 14 de la ley 10.606 no configura un indebido avance provincial sobre la atribución del Congreso Nacional para dictar los códigos de fondo y legislar sobre el derecho de comprar y vender bienes.

14) Que despejado el agravio relativo a la habilitación constitucional de la Provincia de Buenos Aires para

legislar en la especie, corresponde examinar si la regulación provincial, al excluir a las sociedades anónimas de los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos en su territorio, constituye una reglamentación razonable. En particular, es menester evaluar si la norma impugnada importa una restricción desproporcionada de las libertades económicas y de expresión comercial de la empresa, garantizadas en la Constitución Nacional.

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos: 31:273, la Corte ha reconocido al Poder Legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad (Fallos: 288:240).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Esto implica, según la Corte, que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 243:449; 248:800; 334:516; 335:452, entre otros).

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516).

15) Que para efectuar el examen de razonabilidad no puede soslayarse que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; ello así por ser el eje y centro de todo el sistema jurídico, siendo su vida un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (confr. arg. de Fallos: 302:1284; 310:112; 316:479; 323:3229; 329:4918 y 338:1110).

Asimismo, el Tribunal ha sostenido que la tutela de este derecho es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal

jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 329:1638; y art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Finalmente, y en lo que al caso interesa, el derecho a la salud también está reconocido y protegido en el art. 36, inc. 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que establece que *"...la Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sostiene el hospital público y gratuito en general; con funciones de asistencia sanitaria, investigaciones y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud. La Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización...”.

16) Que frente a los derechos esgrimidos por la provincia se encuentran los que pretende tutelar la parte actora y que se vinculan con la libertad de comerciar, ejercer industria lícita y usar y disponer de su propiedad.

17) Que, en este contexto fáctico y jurídico, procede ahora examinar si concurren en el caso los criterios señalados en el acápite 14 para considerar razonable a la ley provincial que aquí se cuestiona.

En primer término, se advierte que la norma provincial persigue una finalidad constitucionalmente válida pues, como se ha puesto de manifiesto, se refiere a un derecho fundamental como el de la salud. En este sentido, la Ley Fundamental no solo permite, sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y políticas tendientes a proteger la salud de la población.

Al respecto, es pertinente señalar que la correlación entre la propiedad de las farmacias y el tipo de persona es un elemento fundamental de garantía de la calidad del servicio farmacéutico. El carácter potencialmente nocivo de los medicamentos exige que su uso sea controlado y racionalizado. Para garantizar la prioridad del abastecimiento regular y adecuado de medicamentos a la población sobre las consideraciones económicas el legislador local consideró que las

personas deben reunir ciertas cualidades para poder ser propietarias de una farmacia.

La exigencia de la titularidad de las farmacias limitada a los sujetos indicados en la norma busca garantizar la independencia profesional real para evitar que, eventualmente, se afecte el nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población.

La presencia de un Director Técnico -farmacéutico-, como postula la actora, no basta para garantizar el derecho a la salud de los consumidores. El ánimo de lucro de una persona que no sea farmacéutico no está mitigado de modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos pues la subordinación del farmacéutico trabajador por cuenta ajena al titular de la farmacia podría implicar que aquel no pueda oponerse a las instrucciones del titular (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-531/06, "Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana", sentencia del 19 de mayo de 2009).

La influencia que ejerce el titular de la farmacia en la política de venta de medicamentos es indudable.

Lo expuesto no implica negar que el farmacéutico titular de una farmacia también pretende obtener beneficios económicos con su actividad. Sin embargo, su condición profesional permite suponer que no explota la farmacia con un mero ánimo de lucro, sino que también existen motivaciones que responden a un criterio profesional. Su interés privado está



Corte Suprema de Justicia de la Nación

mitigado por su formación, experiencia profesional y la responsabilidad que le corresponde, ya que una eventual infracción a las normas legales o deontológicas no solo pondría en riesgo el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional (confr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, causa cit.).

Por lo demás, la función que cumple el farmacéutico no se limita a la venta de medicamentos. También efectúa otras prestaciones como comprobar las prescripciones médicas, elaborar preparados farmacéuticos y asesorar a los consumidores para garantizar el buen uso de los medicamentos. En este punto es de gran importancia el asesoramiento que se brinda en los supuestos de medicamentos que no requieren receta médica ("venta libre"). En esta situación, el paciente/consumidor solo puede confiar en las informaciones que le da el farmacéutico, para lo cual resulta determinante que el asesoramiento sea independiente y objetivo.

La presencia de un farmacéutico en la titularidad de la farmacia garantiza la independencia económica y el consecuente libre ejercicio de la profesión. Al tener pleno control de su instrumento de trabajo puede ejercer su profesión con la independencia que caracteriza a las profesiones liberales. Es a la vez un empresario vinculado a las realidades económicas relacionadas a la gestión de su farmacia y un profesional de la salud que busca equilibrar sus imperativos

económicos con las consideraciones de la salud pública, lo que lo distingue de un puro inversor.

18) Que, por otra parte, cabe examinar si la norma provincial constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas.

En este punto, es especialmente relevante destacar que no se ha alegado, ni mucho menos acreditado, que la no inclusión del tipo societario de la actora entre aquellas personas que pueden ser titulares de farmacias afecte la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la distribución y venta de estas mercancías. En definitiva, no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

Muy por el contrario, la propia actora sostiene que "...es propietaria de más de doscientas farmacias..." y que decenas de miles de personas compran medicamentos diariamente en sus locales.

En tales condiciones, la afectación alegada por la actora se reduce a que la empresa ve limitadas sus posibilidades de ejercer su derecho a comerciar y ejercer industria lícita en la provincia por intermedio de sus profesionales directores técnicos, lo cual carece de entidad suficiente para cuestionar la razonabilidad de la ley.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por todo lo expuesto, al ponderar la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego frente al grado de restricción de las libertades económicas de la actora, no cabe sino concluir que la ley provincial es razonable a la luz de los estándares fijados en la jurisprudencia del Tribunal.

19) Que la cuestión que aquí se plantea no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico. Se han planteado situaciones análogas, por ejemplo, en el ámbito del derecho del mercado común europeo cuyas soluciones han sido citadas en este pronunciamiento.

De allí es posible extraer que en el derecho comparado existe una tendencia sobre la validez *prima facie* de las medidas legislativas tendientes a limitar, e incluso prohibir el expendio de medicamentos a ciertos sujetos.

20) Que, como último punto, cabe señalar que tampoco puede tener acogida favorable el agravio de la actora fundado en la afectación de la garantía de igualdad.

Este Tribunal ha señalado que dicha garantía implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106). Además, se atribuye a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, pero ello es así

en la medida que las distinciones o exclusiones se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 326:3142).

En el caso de autos el *a quo* ha explicado de manera concreta por qué la norma provincial no es violatoria de dicha garantía constitucional y los reproches de la actora no logran desvirtuar tales argumentaciones, no resultando suficiente la cita del precedente de Fallos: 333:1279, que versaba sobre cuestiones diversas a las aquí tratadas.

21) Que, en síntesis, de acuerdo a los principios constitucionales examinados, la facultad ejercida por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 10.606 para regular lo atinente a la titularidad de los establecimientos farmacéuticos no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria pues se basó en propósitos de salud pública, ampliando la protección de los pacientes garantizada en la regulación nacional, como una opción que cabe reputar como válida.

22) Que atento el modo en que se resuelve la cuestión relativa a la validez del art. 14 de la ley provincial 10.606, es inoficioso pronunciarse sobre los restantes agravios.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles la queja y el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito de fs. 3. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR CONJUEZ DOCTOR DON MARTÍN IRURZÚN

Considerando:

1°) Que el proceso que motiva la presente intervención se originó con la presentación de Farmcity S.A. ante la Dirección de Farmacias de la Subsecretaría de Control Sanitario del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, por medio de la cual solicitó que se declare que Farmacity -tal su nombre comercial- puede ser propietaria de farmacias, autorizándosela a establecer, adquirir y/o explotar farmacias en la Provincia de Buenos Aires en cualquier ubicación autorizada por las normas de planeamiento urbano, y que se hiciera lugar a los pedidos particulares que en tal sentido se efectuaren. Paralelamente, solicitó la habilitación de una farmacia en un local ubicado en la localidad de Pilar, Provincia de Buenos Aires.

La primera fue rechazada por resolución 35/12 del Ministerio de Salud, en tanto la segunda fue rechazada por el Director Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria por disposición 1699/11. En ambos casos, la decisión adversa se apoyó en que la requirente -por su forma de organización comercial- no se encuentra comprendida dentro de los tipos societarios taxativamente previstos por el art. 14 de la ley 10.606.

Luego de agotar las instancias administrativas, la accionante promovió demanda judicial contra la Provincia de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires con miras a obtener la declaración de nulidad de la resolución 35/12 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, de la nota 1375/11 del Departamento Farmacia de la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria en cuanto le negó el pedido de habilitación de una farmacia en la localidad de Pilar, y de la disposición 1699/11 que no hizo lugar a la revocatoria interpuesta.

Con la desestimación de la pretensión por parte del Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 2 del Departamento Judicial de La Plata, la homologación de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata, y la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, el caso llegó a conocimiento de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso de queja sometido a pronunciamiento.

2°) Que Farmcity S.A. solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 14 de la ley provincial 10.606, por entender que sus postulados resultan violatorios del decreto nacional 2284/91, ratificado por ley 24.307, así como de los arts. 14, 16, 19 y 42 de la Constitución Nacional.

Para ello, señala que las disposiciones aludidas son inconstitucionales porque violan normas federales de mayor jerarquía y la distribución de competencias establecidas por la Constitución Nacional, por cuanto la única autoridad con

atribuciones para legislar sobre la propiedad de las farmacias es, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, el Congreso Nacional, el cual en ejercicio de dichas funciones dictó la ley 24.307 por la cual se aprobó el decreto de necesidad y urgencia 2284/91 que derogó las restricciones que existían sobre el punto en la ley 17.565.

Así, sostiene, frente a una ley nacional que expresamente autoriza a cualquier persona jurídica a ser propietaria de farmacias -art. 13 del citado decreto-, resulta inadmisibles que se invoque una ley local jurídicamente improcedente para oponerse a ello -art. 14 de la ley provincial-.

Citó en apoyo de su postura el voto del juez Maqueda emitido en el precedente "Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana" (Fallos: 333:1279).

A su criterio, el poder de policía local se limita a la habilitación, al control de la matrícula profesional y a la vigilancia de los recaudos a los que está sujeta la comercialización de los medicamentos, pero en modo alguno puede hacerse extensivo a las regulaciones atinentes a la propiedad de las farmacias, por tratarse de una materia cuya competencia para legislar le corresponde al Congreso Nacional.

Agregó que, además, al adherir al régimen de desregulación mediante la sanción del decreto 3942/91 y de la ley 11.463 por la que se ratificó el Pacto Federal para el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Empleo, la Producción y el Crecimiento, la Provincia de Buenos Aires se obligó -tal como surge de la cláusula Primera, inc. 10, apartado tercero-, a liberar al "*sector comercial (libre instalación de farmacias, derogación del monopolio de mercados mayorista, horarios comerciales, etc.)*", con lo cual -ya no por imperio de las normas nacionales sino por sus propias normas locales-, la provincia se encuentra impedida de restringir el acceso a la propiedad de farmacias a una sociedad anónima con sustento en una disposición legal que ha perdido operatividad.

Finalmente, cuestionó los argumentos que han sido desarrollados a lo largo del trámite de este expediente que procuraron justificar la razonabilidad de dicha limitación, señalando que la sola invocación del carácter de servicio público impropio y la naturaleza comercial de una sociedad anónima no alcanzan, en ausencia de puntual y concreto respaldo, para dar por fundada la restricción impuesta.

3°) Que en el trámite del presente se expidió la Procuración General de la Nación afirmando que las previsiones del art. 14 de la ley 10.606, al contener regulaciones sobre la titularidad o propiedad de los establecimientos farmacéuticos, avanzó sobre un elemento general del derecho como es la capacidad de las personas humanas y jurídicas para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya regulación es resorte exclusivo del Congreso de la Nación. Deriva de ello su inconstitucionalidad por resultar violatorio de los principios consagrados por los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución

Nacional. Por otra parte, postuló el reenvío de las actuaciones a la justicia local a fin de que se expida expresamente sobre la tacha de inconstitucionalidad del art. 3° de la citada normativa, dado que su tratamiento se había declarado inoficioso frente al rechazo de la demanda intentada respecto del primero de los tópicos tratados.

También se presentaron, en calidad de amigos del Tribunal, diversos colegios, asociaciones, federaciones y profesionales de distintas especialidades -tanto vinculadas a la actividad farmacéutica como no- que argumentaron en contra de la inconstitucionalidad reclamada.

Del mismo modo, y en el mismo carácter, especialistas y profesionales de distintas disciplinas expusieron las razones por las cuales consideran que la pretensión debe ser receptada favorablemente.

4°) Que planteadas como se encuentran las cosas, el primero de los ejes en debate pasará por definir si la Provincia de Buenos Aires ha avanzado indebidamente sobre aspectos cuya regulación compete exclusivamente al Congreso Nacional.

Para ello, se ha de recordar que *"...todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos” (arts. 75 y 121 de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pág. 146. Asimismo, causa “Blanco”, Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente “Cablevisión S.A.”, Fallos: 329:976)…” (Fallos: 344:809).

En esa tarea, debe mencionarse que el art. 14 de la ley 10.606 “Régimen de Habilitación de Farmacias” establece -en lo que a la presente atañe- que “Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a. De profesionales farmacéuticos con título habilitante; b. De Sociedades Colectivas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia; c. De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando estos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o los socios comanditarios no podrán participar de más de tres Sociedades propietarias de

Farmacias; d. De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios; e. De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearan instalar una Farmacia para sus asociados...".

Por su parte, el art. 3° prevé "...Las farmacias por ser una extensión del sistema de salud, estarán racionalmente distribuidas en el territorio provincial, a fin de asegurar la atención y calidad de su servicio. Se autorizará la habilitación de una farmacia por cada 3.000 habitantes por localidad, tomándose como base los datos arrojados por el último Censo Nacional de Población. En aquellas localidades de menos de 6.000 habitantes se podrá habilitar una segunda farmacia cuando la población exceda los 4.000 habitantes. En todos los casos, deberá existir entre las farmacias una distancia no inferior a los 300 metros, medidos de puerta a puerta por camino peatonal...".

Una primera aproximación a la solución del punto surge de la propia literalidad de la norma, pues su lectura permite apreciar que si bien se hace mención a la "propiedad", el alcance que cabe asignarle a dicho término no puede extenderse más allá del contexto que lo informa y le da sentido: la norma no está regulando la propiedad en el sentido que le asigna el Código Civil y Comercial de la Nación sino en relación a los requisitos para la habilitación y el ejercicio de la actividad farmacéutica, señalando las exigencias que deben



Corte Suprema de Justicia de la Nación

observarse para poder obtener autorización para su instalación o enajenación.

Sobre esto último, y en tanto *"la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, de tal modo que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador..."* (conf. Fallos: 302:973 y 310:799), resulta de utilidad dar vista del debate parlamentario que ilustra sobre los aspectos tenidos en cuenta por los legisladores a la hora de establecer las pautas fijadas.

En ocasión de darse la respectiva discusión, el miembro informante de la Comisión de Legislación General afirmó *"hemos aceptado la teoría de que la propiedad de las farmacias es una modalidad del ejercicio profesional. Es decir, que el propietario de la farmacia tiene carácter accesorio en relación a la actividad y a la prestación del acto farmacéutico..."* (conf. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 2 de abril de 1987, pág. 3562 y siguientes), y que *"La propiedad de la farmacia no se rige por el dominio de la cosa ni de los bienes, sino por una titularidad de la habilitación de la oficina farmacéutica. La farmacia existe jurídicamente a partir del acto administrativo de habilitación, por eso es que afirmamos que es una modalidad del ejercicio profesional...el cual no se comprende sin que el farmacéutico tenga una farmacia donde actuar y donde actuar, poniendo en*

juego un factor fundamental que está dado por la idoneidad profesional que debe reunir quien pretende ejercer esa actividad relacionada con la salud" (Senado de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 25 de noviembre de 1987, citado en los Considerandos de la Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires).

Como se ve, la regulación adoptada es consecuencia de una política sanitaria que ubicó a la salud como un derecho humano esencial merecedor -como tal- de una protección especial, donde la relación entre los usuarios y el despacho farmacéutico se diera en un contexto donde la vulnerabilidad que implica su necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial.

De lo expuesto se sigue que los aspectos regulados por el art. 14 de la ley 10.606 nada dicen sobre la capacidad de las personas -humanas o jurídicas- para adquirir derechos o contraer obligaciones ni restringen las posibilidades de ser titulares de dominio alguno, sino que solo definen bajo qué formas societarias el profesional farmacéutico puede llevar a cabo una de las funciones a las que se asignó particular atención: la dispensa de medicamentos al público. Se trata, lisa y llanamente, del derecho a ser propietario de la habilitación y no del derecho a ser propietario de un derecho real sobre la cosa.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sin dudas, dicha potestad está comprendida dentro del poder de policía de competencia exclusiva del órgano local en tanto atañe a las pautas de cumplimiento necesarias para el ejercicio de la actividad farmacéutica, pues no caben dudas en punto a que en materia de profesiones liberales, las provincias tienen la atribución de reglamentar su ejercicio en sus respectivas jurisdicciones (Fallos: 308:403 y 315:1013), con la limitación natural que establece el art. 28 de la Constitución Nacional (Fallos: 304:1588 y 315:1013 voto del juez Moliné O'Connor). Y si el título habilita para ejercer la profesión, puede concebirse que las autoridades facultadas para reglamentar determinen, dentro de los citados parámetros, los requisitos destinados a asegurar la rectitud y responsabilidad con que aquella ha de ser ejercida (Fallos: 320:89 y 2964).

De allí que no pueda sostenerse con eficacia que el art. 14 de la ley 10.606 haya avanzado indebidamente sobre las competencias del Congreso Nacional, y menos aun derivar de ello que coexisten dos disposiciones contrapuestas regulando un mismo aspecto, pues las previsiones del decreto 2284/91 no pueden anular las disposiciones adoptadas por la legislatura de la Provincia de Buenos Aires en ejercicio de las competencias no delegadas.

5°) Que de otra parte, tampoco puede receptarse la pretensión sustentada en la vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 2284/91 en el ámbito provincial pues el análisis del digesto normativo que rige la

cuestión evidencia que sus pautas no han tenido efectiva recepción normativa en el compendio de disposiciones de la Provincia de Buenos Aires.

Por un lado, el citado decreto -dictado el 31 de octubre de 1991 y ratificado por ley 24.307-, fundado en la necesidad de *"abaratarse los precios de venta al público, la desregulación de la comercialización de medicamentos, facilitando la libre instalación de farmacias por parte de cualquier persona física o jurídica que reúna las calidades que se requieren para desempeñarse en esa actividad..."*, estableció en su art. 13 que *"Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización..."*, agregando en su art. 119 que *"...El presente Decreto es de aplicación obligatoria en el ámbito de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Invítase a las Provincias a adherir al régimen sancionado en el presente Decreto en lo que a ellas les compete..."*.

Por otro, por decreto 3942 del 13 de noviembre de 1991, la Provincia de Buenos Aires, con miras a eliminar restricciones, limitaciones y controles que impidieran una fluida circulación de bienes y servicios, mediante el art. 1° estableció que *"La Provincia de Buenos Aires adhiere a los principios del régimen de desregulación estatuido por Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional número 2284/91, disponiendo la ejecución de las medidas de carácter legislativo y administrativo conducentes a trasladar, en el*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

marco de la competencia provincial, dicho régimen a este Estado, adecuado a las particularidades de las instituciones provinciales y con arreglo a derecho".

Puntualmente, en su art. 3° expresamente estableció que "A los fines precedentes indícanse a título enunciativo los cuerpos legislativos sobre los cuales deberán iniciarse estudios de inmediato: 1.- Leyes número 5177; 5678; 5920; 6682; 6983; 7014; 7020; 8119; 8271; 10.306; 10.307; 10.384; 10.392; 10.405; 10.411; 10.416; 10.606; 10.646; 10.746; 10.751; 10.765; 10.973 y sus modificatorias...".

Como se ha visto, la operatividad de sus cláusulas quedó supeditada a una condición suspensiva: el estudio de diversos cuerpos normativos -entre los cuales se incluyó expresamente la ley en análisis- con miras a receptor normativamente la política económica de emergencia establecida por el decreto 2284/91.

Sin embargo, los hechos demuestran que el examen cuya tarea se encomendó no tuvo efectiva recepción normativa, pues no existió una actividad legislativa concreta que, en materia de salud y recogiendo los postulados de aquel, positivizara la desregulación comercial cristalizando la idea que animó su dictado.

Idéntico escenario se verificó en derredor de la ley provincial 11.463 mediante la cual la Provincia de Buenos Aires ratificó el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el

Crecimiento. En el art. 3° se estableció que *"El Poder Ejecutivo por intermedio de las áreas específicas, elaborará los proyectos legislativos que correspondan a fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Provincia mediante el Pacto suscripto"*, sin perjuicio de lo cual la regulación atinente a la actividad farmacéutica no se vio alterada.

Se observa así que, pese a las modificaciones introducidas a nivel nacional -centradas principalmente en la idea de afianzar y profundizar la libertad económica-, la política de Estado implementada por la Provincia de Buenos Aires en ejercicio de su competencia no delegada no tuvo modificaciones, manteniendo a lo largo de su proceso normativo una clara orientación sanitarista en protección del derecho a la salud.

De allí que no corresponda atender los reclamos de la parte sobre el punto, pues ni por razones de operatividad plena ni por recepción normativa expresa corresponde proyectar sobre el ámbito de la Provincia de Buenos Aires las disposiciones del art. 13 del decreto 2284/91.

6°) Que descartado el conflicto normativo alegado, resta entonces examinar si las limitaciones impuestas para la habilitación del ejercicio de la actividad farmacéutica conculcan los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Para ello, debe recordarse que *"...la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla o precepto en cuestión conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, lo que requiere descartar concienzudamente la posibilidad de una interpretación que compatibilice la regla impugnada con el derecho federal que la parte reputa conculcado (cf. doctrina de Fallos: 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros)"* (Fallos: 344:391).

Pues bien la ley 10.606 define a la farmacia como un *"servicio de utilidad pública para la dispensación de los productos destinados al arte de curar..."* -conf. art. 1°-.

En razón de ello, estableció una serie de condiciones bajo las cuales debe desarrollarse la dispensa de medicamentos, aludiendo a la necesidad de que sea exclusivamente a través de las farmacias, a las que definió como una extensión del sistema de salud -conf. art. 3°-.

En ocasión de elevarse al Cuerpo Legislativo el proyecto de ley, se consignó que *"...el proyecto de referencia sitúa al quehacer farmacéutico en su verdadera dimensión fáctica y jurídica de 'servicio público', con las características*

generales y particulares que le son propias, tendiendo a su eficiencia, generalidad, regularidad y continuidad del mismo..." (conf. "Fundamentos de la Ley 10.606").

Dicha postura fue luego mantenida al sancionarse la ley 11.328 que reformó algunos aspectos de la ley 10.606, pero que, en lo que aquí interesa, reafirmó la necesidad de flexibilizar el régimen vigente "*...sin caer en un régimen de liberalidad total que afectaría la filosofía y el espíritu que inspira a la ley reformada...*" manteniendo "el sentido sanitarista que posee la legislación vigente, evitando introducir, en aspectos tan importantes para la salud de todos los bonaerenses, un criterio mercantilista puro que desnaturalice el fin de la norma" (conf. "Fundamentos de la Ley 11.328").

Poco tiempo después, el modelo fue plasmado en la cúspide de la estructura normativa provincial al reconocer que "*El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización.*" -art. 36, inc. 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-.

Siguiendo los lineamientos de la política sanitarista implementada en protección del derecho a la salud -del cual las farmacias son su extensión, conforme establece el art. 3° de la ley 10.606-, el legislador entendió que solo determinadas formas



Corte Suprema de Justicia de la Nación

societarias por sobre otras permitirían cumplir más adecuadamente los fines tuitivos fijados por las normas en protección de un bien social, general y básico como es el derecho a la salud. La elección de unas formas societarias por sobre otras para el desarrollo de la actividad farmacéutica no fue azarosa ni arbitrariamente excluyente, sino que encontró fundamento en una razonada elección de un modelo en el cual el conocimiento, la inmediatez, la responsabilidad y la individualización de quien lo dispensa prevalece por sobre todo interés comercial.

Es en tales preceptos -y no en el ánimo de lucro, del que todas las sociedades comerciales participan- en los que las autoridades locales han puesto especial atención a la hora de restringir la habilitación del despacho farmacéutico, entendiendo que ciertas formas jurídicas de asociación son, por su naturaleza, conformación o finalidad, las que mejor y más ampliamente garantizan el derecho a la salud al que le han otorgado lógica preeminencia.

No se opone a lo expuesto el criterio que emana del caso "Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana" (Fallos: 333:1279). En tal oportunidad, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación -por mayoría- hizo propios los argumentos de la Procuración General de la Nación que, en lo pertinente, hizo hincapié en que *"...la garantía constitucional del art. 16 implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a*

unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos: 123:106). Además, se atribuye a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, pero ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 326:3142)...Estimo que la diferenciación efectuada ab initio entre distintas entidades de bien público sin fines de lucro con objetivos similares, carece de razonabilidad y afecta la garantía de igualdad consagrada en el texto constitucional, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluir a la actora de lo que se concede a entidades similares en idénticas condiciones..."

De su lectura se desprende que el énfasis no estuvo puesto en la irrazonabilidad de todo tipo de exclusión societaria sino en la falta de motivos que justificaran la prevalencia de unas asociaciones sin fines de lucro por sobre otras, dada la identidad de objetivos. Como se ve, el modelo sanitarista al amparo del cual se establecieron las limitaciones no se puso en duda.

Las consideraciones efectuadas por los accionantes, e incluso por varios de los que se han presentado en el trámite del presente como amigos del Tribunal, así lo evidencian. Los esfuerzos por exponer las bondades de dicho sistema por sobre el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

mercantilista, los beneficios de este último por sobre el modelo provincial o el estado de situación en el contexto mundial son debates enriquecedores para el ámbito legislativo pero ajenos a la instancia de control constitucional bajo análisis.

Sobre la base de tales lineamientos, es claro que la regulación atacada supera el control de razonabilidad por cuanto evidencia que ha sido sustentada en fines legítimos y, en este punto, las alegaciones de la impugnante no logran demostrar más que el disenso con la política sanitaria adoptada por las autoridades provinciales sin poder evidenciar su repugnancia con la Constitución Nacional, a lo que cabe agregar que el derecho a ejercer toda industria lícita no se ve constitucionalmente afectado frente a disposiciones que, adoptadas en el ejercicio de las competencias que le son propias, imponen restricciones a determinada actividad motivadas en un interés general debidamente fundado.

Ello así porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes -lo que incluye las normas inferiores que válidamente las reglamenten-, con la única condición de que esa regulación sea razonable, es decir, que no los altere en su sustancia y que respete los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188, entre muchos otros).

Esto significa, según este Tribunal, que la regulación debe perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional; y doctrina de Fallos: 248:800; 243:449; 334:516 y 335:452, entre otros).

Como se ha visto, la preeminencia que se ha asignado al derecho a la salud como derecho humano básico, esencial y colectivo, justifica con suficiencia la mayor intensidad reglamentaria aplicada al ejercicio de la actividad farmacéutica y las restricciones impuestas para garantizar la efectividad de las garantías fundamentales en juego. Su proporcionalidad y razonabilidad superan ampliamente el control de constitucionalidad reclamado.

7°) Que la solución a la que se arriba en punto a las objeciones planteadas respecto de las limitaciones del art. 14 de la ley 10.606, torna abstracto el tratamiento de los cuestionamientos atinentes al art. 3° de la misma.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles la queja y el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con costas. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito de fs. 3. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

DISI-//-

-//-DENCIA DE LA SEÑORA CONJUEZA DOCTORA DOÑA MIRTA GLADIS
SOTELO DE ANDREAU

Considerando:

1°) Que la empresa Farmacity Sociedad Anónima demandó a la Provincia de Buenos Aires, planteando la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 14 de la ley provincial 10.606 (t.o. ley 11.328) y solicitando la declaración de nulidad de la resolución 35/12 dictada por el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Buenos Aires, así como de la nota 1375/11 y de la disposición 1699/11 de la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria, teniendo por finalidad que se le permita ser propietaria, habilitar y explotar farmacias en la provincia mencionada, citándose como tercero interviniente al Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires.

En concreto, el planteo formulado por la actora contiene una petición general y un requerimiento particular. La petición general tiende a obtener la habilitación para ser propietaria de farmacias en el ámbito provincial, en cualquier ubicación autorizada por las normas de planeamiento urbano y -oportunamente- que se haga lugar a los pedidos particulares de habilitación o adquisición de farmacias, estando estos establecimientos bajo la dirección técnica de un profesional farmacéutico con título habilitante y debidamente colegiado en el Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires. Por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

su parte, el pedido particular consiste en la habilitación de una farmacia en la localidad de Pilar.

2°) Que ambas pretensiones fueron denegadas a la actora, tanto en primera instancia como por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con base en lo dispuesto en el art. 14 de la ley 10.606.

En cuanto al fallo que da lugar al presente pronunciamiento, la Corte local ratificó, en definitiva, la constitucionalidad del artículo indicado.

Para resolver en tal sentido señaló, en primer lugar, que la enumeración de los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos conforme la ley 10.606 es taxativa, según surge de una interpretación exegética de la norma y en virtud de considerar que se trata de la regulación de un servicio de utilidad pública: la actividad farmacéutica.

El tribunal sostuvo, asimismo, que el art. 13 del decreto nacional de necesidad y urgencia 2284/91 -ratificado por el art. 29 de la ley nacional 24.307-, que desreguló la actividad farmacéutica, no era aplicable. Ello según se desprende de su propio cuerpo legal, cuyo art. 119 invita a las provincias a adherir a lo en él dispuesto.

A este respecto, si bien reconoce que la provincia adhirió a los principios del régimen de desregulación mediante el decreto 3942/91, señala que tal adhesión no implica la derogación automática de lo establecido por el art. 14 de la ley 10.606, pues la incorporación al régimen local de aquella norma exigía actuaciones legislativas y administrativas para concretarse, lo que no tuvo lugar.

A continuación, la corte provincial afirma que la norma nacional no puede regular de forma directa cuestiones que constituyen facultades propias de los estados locales, como lo es en el presente caso el poder de policía relativo al gobierno de las profesiones. En este sentido entiende que, al regular la propiedad de los establecimientos farmacéuticos, la Provincia de Buenos Aires determina una modalidad del ejercicio profesional, facultad que pertenece al orden local.

A su vez, funda la exclusión de las sociedades anónimas como titulares de farmacias que realiza la ley 10.606 en la potestad del poder de policía en materia de salubridad que -entiende el tribunal- corresponde a las provincias, mas no a la Nación; salvo en aquellos casos en que tal facultad le es conferida por la Constitución Nacional, supuesto que no se presentaría en autos.

Por otra parte, la corte provincial entiende que el art. 14 de la ley 10.606 no altera la potestad del Congreso de la Nación de dictar los códigos de fondo consagrada por el art.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

75, inc. 12, de la Constitución Nacional, toda vez que considera que cuando la ley local se refiere a la propiedad de la farmacia no comprende a la capacidad o dominio sobre cosas o bienes, sino que refiere a la habilitación de una actividad profesional sujeta a una reglamentación en atención al bien jurídico de la salud (arts. 5°, 121 y 123 de la Constitución Nacional).

Para llegar a tal conclusión, afirma que la norma local ejerce la facultad de regular la propiedad de farmacias con base en la potestad de determinar las condiciones exigidas para el desarrollo de una actividad que necesita de autorización expresa en el ámbito local, cuestión que no integra el derecho común cuya regulación compete al Congreso Nacional, sino que es materia propia del poder de policía a cargo de la provincia.

De igual forma, y a fin de sustentar la constitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606, el tribunal señala que la norma es razonable, siendo que se encuentra justificada por la existencia de un fin público, por la adecuación entre el fin perseguido y el medio utilizado y dada la falta de inequidad manifiesta, superando -por tanto- el test de constitucionalidad.

En otro orden de ideas, el fallo aquí atacado rechaza el argumento de que la salud pública resulte suficientemente protegida con el requisito del desempeño como director técnico de un farmacéutico, por considerar que tal criterio es una mera

apreciación subjetiva de la actora que no alcanza a invalidar a aquel sostenido por el legislador local.

A mayor abundamiento, la corte local ratifica la validez de la limitación que impone la norma para ser titulares de farmacias a ciertos tipos societarios, entendiendo que hay una relación directa entre la organización de la actividad y la dirección técnica, y que los sujetos elegidos por la norma para ser propietarios de farmacias permiten individualizar claramente a las personas que prestan el servicio.

Vinculado con este punto, el tribunal afirma que las características que diferencian a las sociedades anónimas de las sociedades en comandita simple justifican un tratamiento normativo diferenciado, por lo que no se ve afectada la garantía de igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Finalmente, y como corolario de la ratificación de la constitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606, la corte local considera inoficioso pronunciarse sobre su art. 3°.

Cabe señalar que, en su voto, el juez Soria resalta que el art. 14 de la ley 10.606 se limita a establecer las modalidades del ejercicio de la profesión de farmacéutico, sin alterar las condiciones de comercialización de los productos vinculados. En consecuencia, considera que las potestades contenidas en la ley 10.606 son exclusivas del poder de policía



Corte Suprema de Justicia de la Nación

local, no habiéndose extralimitado el legislador provincial en el ejercicio de sus facultades.

3°) Que contra dicha decisión, Farmacity S.A. interpuso recurso extraordinario federal, el que habiendo sido denegado dio lugar a la presente queja.

La actora se agravia, en primer término, por considerar que el art. 13 del decreto nacional de necesidad y urgencia 2284/91 derogó todas las restricciones a las sociedades comerciales para ser propietarias de farmacias.

Sostiene, a su vez, que lo dispuesto por el art. 119 de la norma mencionada -que invita a las provincias a adherir a su régimen- no se aplica a su art. 13 en tanto refiere a una materia cuya regulación es competencia propia de la Nación. Alega, en este sentido, que la única autoridad con potestad para legislar sobre la propiedad de las farmacias es el Congreso de la Nación, conforme las facultades otorgadas por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional que lo habilita a dictar los códigos de fondo; norma que tiene preeminencia frente a las facultades locales contrarias a sus disposiciones.

A continuación, la actora se agravia ante la falta de razonabilidad del art. 14 de la ley 10.606, en tanto es la dirección técnica y no la propiedad de la farmacia la que determina la correcta prestación del servicio. En este sentido, considera que la seguridad, eficacia y disponibilidad de los medicamentos resultan garantizadas con la exigencia de la

obligatoriedad de contar con un director técnico profesional farmacéutico y no con la exclusión de la sociedad anónima como posible propietaria de una farmacia.

Acto seguido, expresa que el art. 14 de la ley 10.606 no guarda una relación adecuada entre el fin perseguido y el medio adoptado para procurar su obtención, el que -por lo demás- no fue correctamente tratado por la corte provincial.

Correlativamente, la quejosa se agravia por considerar que la disposición indicada viola el principio de igualdad, pues admite que otros tipos de sociedades comerciales que también persiguen fines de lucro puedan ser propietarias de farmacias, sin que se advierta un interés superior que autorice a excluir a las sociedades anónimas de la facultad que otorga a otras sociedades comerciales en idénticas condiciones.

Por otra parte, la actora indica que solicitó poner en funcionamiento una farmacia en la calle 12 de octubre 794 de la localidad de Pilar, solicitud que le fue denegada con base en el mencionado art. 3° de la ley 10.606, cuyo planteo fue declarado abstracto, agraviándose por ello.

4°) Que la Corte habilitó la intervención de *amicus curiae* y convocó a audiencia pública (fs. 184, 209 y 222 vta.) cuyo resultado consta en las actas incorporadas a fs. 349 vta. y 369.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

5°) Que analizada la cuestión, cabe concluir que el recurso extraordinario es admisible pues se cuestiona la validez de una ley provincial bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y a leyes federales, existiendo una decisión definitiva del superior tribunal de la causa que fue favorable a la validez de la legislación local (art. 14, inc. 2, de la ley 48).

6°) Que declarada la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto, corresponde precisar -en primer lugar- que en el caso concreto se configura un conflicto que entendemos, es relativo al ejercicio del poder de policía de salubridad; puntualmente en lo que refiere a la regulación del ejercicio de la actividad farmacéutica y de los locales o establecimientos donde se ejerce tal actividad; esto es, en las farmacias.

Ubicar la cuestión en el marco del poder de policía del Estado responde a la esencia misma del dilema planteado, puesto que nos encontramos ante una limitación de derechos individuales contraviniendo normas de la Constitución Nacional.

Es oportuno señalar que, si bien entendemos junto a destacada doctrina que la denominación "poder de policía" no es una expresión exacta desde el punto de vista técnico jurídico, es la que ha sido utilizada en el derecho público para designar una de las atribuciones más importantes del legislador: la de regular el ejercicio de los derechos individuales.

Si bien la Constitución Nacional únicamente menciona el "poder de policía" en el art. 75, inc. 30, incorporado por la reforma de 1994, no lo desarrolla conceptualmente.

Debe recordarse, sin embargo, que nuestra Constitución receptó principalmente la influencia del derecho constitucional norteamericano. En lo que hace específicamente al presente caso, la expresión "poder de policía" (*police power*) fue utilizada por el juez Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el caso "*Brown vs. Maryland*", que versó precisamente sobre la limitación del ejercicio de los derechos individuales en aras del interés general o de la comunidad.

De allí que, de forma concordante con la génesis histórica de nuestra Constitución, en su art. 14 se establece que los derechos no son de carácter absoluto, sino que pueden ser limitados en su ejercicio y controlados por el Estado en aquellos casos en que ello resulta necesario, y siempre y cuando la limitación sea razonable y se busque preservar el interés general por sobre los intereses individuales.

Es así que la regulación de la habilitación y funcionamiento de las farmacias, cuestionada en autos, constituye un aspecto de la protección de la salud pública; uno de los tres componentes de la trilogía tradicional del objeto del poder de policía que aparece desde su nacimiento, en el concepto denominado *narrow*, seguido por la doctrina



Corte Suprema de Justicia de la Nación

internacional europea, conjuntamente con la seguridad y la moralidad.

La salud pública como ámbito de actuación del poder de policía se mantuvo con posterioridad en su evolución conceptual desde estos orígenes hasta a la concepción *broad and plenary* que nace en la doctrina norteamericana, donde no se trata solo de limitar o regular los derechos, sino también de promover la actividad de los particulares y del Estado con la finalidad de lograr el bienestar general, criterio que fue receptado por la jurisprudencia de esta Corte.

7°) Que una vez precisado el marco en el que debe ubicarse el presente caso, es necesario determinar si, como lo afirma la actora, el poder de policía en materia de salud pública es una facultad de competencia nacional, provincial o concurrente.

Al respecto, la Constitución Nacional no confiere atribuciones expresas o implícitas al gobierno federal para regular la salud pública en todo el territorio nacional, como tampoco se las confiere a las provincias en sus respectivos territorios.

Por ello, si partimos del análisis del sistema federal que consagra el art. 1° de nuestra Carta Magna, el concepto de autonomía de las provincias habilita a considerar que estas se encontraban facultadas para ejercer el poder de policía de la salud pública en su ámbito territorial. Este

criterio ha sido entendido como válido tanto por la doctrina constitucional tradicional, como por los autores contemporáneos.

Ahora bien, esta facultad local coexiste con las potestades atribuidas al Congreso Nacional para ejercer el poder policía de la prosperidad según lo establece la Constitución en el art. 75, incs. 18, 19 y 23.

Por lo expuesto, corresponde concluir que tanto la Nación como las provincias ejercen el poder de policía de salubridad en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones; sin perjuicio de lo cual, en caso de duda, debe primar el origen local y no delegado de esta potestad.

Este Alto Tribunal así lo ha entendido desde el fallo "Empresa Plaza de Toros vs. Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 7:150) al sostener que *"...es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes o reglamentos con estos fines"*.

En el caso "Saladeristas de Barracas" (Fallos: 31:273) esta Corte fundó su decisión, asimismo, en la consideración de que nadie puede tener un derecho adquirido para comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Este criterio ha sido mantenido sin variaciones hasta la actualidad. Así, en el año 2015 ha sostenido que *"...la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias, y que por lo tanto son susceptibles de convenios o de acuerdos de concertación"* ("Nobleza Piccardo", Fallos: 338:1110).

De lo hasta aquí expuesto queda claro que el gobierno federal no tiene vedada la intervención en las cuestiones sanitarias locales. Por el contrario, tiene injerencia mediante acuerdos celebrados con las autoridades de cada jurisdicción y leyes sanitarias, en ejercicio de una potestad eficaz y razonable para regular situaciones que trascienden los límites provinciales.

Sobre la concurrencia de competencias esta Corte sostuvo en la causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional)": *"A su vez, el carácter restrictivo con que deben analizarse las potestades que se pusieron en cabeza de la Nación surge también de la preocupación porque tales postulados básicos del federalismo constitucional pierdan realidad. Más allá de las circunstancias sociales en las que se desenvuelve la Nación, tal extremo podría configurarse no solo por invalidar cualquier norma provincial*

que apenas se aparte un ápice de la regulación concurrente de la Nación sino, y esto es lo relevante en el caso, por permitir que el Estado Federal regule sobre todo aspecto que de alguna forma vaga e injustificada se relacione con las competencias que la Constitución le asigna" (Fallos: 344:309).

8°) Que habiendo determinado el carácter concurrente del poder de policía entre el gobierno nacional y las provincias en materia de salubridad, corresponde precisar sus alcances en el caso concreto.

A tal efecto, debe delimitarse la cuestión traída a debate.

Adelantamos que desde un punto de vista constitucional el *thema decidendum* no se refiere a la comercialización de los medicamentos en todo el territorio de la República, cuestión de competencia nacional (art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional); ni a la regulación nacional relativa a la expedición de títulos habilitantes (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional).

Tampoco es dable afirmar que implica la alteración de las normas de fondo en cuanto a la capacidad de las personas (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional), ni que apunta a cuestionar lo conducente a la prosperidad del país, ni a la industria farmacéutica (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por el contrario, se limita a determinar quién puede ser autorizado para ser propietario de una farmacia en la Provincia de Buenos Aires.

A su vez, desde una perspectiva infra constitucional, en el orden nacional se dictaron la ley 17.565 y sus modificatorias, las que contienen prescripciones referentes a la dirección técnica, las droguerías y herboristerías, las sanciones previstas para el caso de infracciones y el procedimiento dispuesto para su aplicación.

Por su parte, la Provincia de Buenos Aires estableció su regulación mediante la ley 10.606.

La actora alega, a este respecto, que la regulación de la actividad farmacéutica es de carácter nacional. Lo hace con fundamento en el proceso de desregulación implementado a partir del decreto de necesidad y urgencia 2284/91, que modificó lo referente a la propiedad de los establecimientos farmacéuticos y dispuso, entre otras medidas, la desregulación del comercio interior de bienes y servicios. A su vez, el decreto nacional 240/99 derogó expresamente en materia farmacéutica los arts. 14, 15 y 16 de la ley 17.565, por lo que la recurrente entiende que esta norma es de aplicación en todo el territorio de la Nación y, por ende, en la Provincia de Buenos Aires.

No es posible, empero, atender al fundamento alegado. Ello en tanto el art. 119 del decreto de necesidad y urgencia

2284/91 estableció su aplicación obligatoria solo en el ámbito de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y en aquellas provincias que se adhiriesen a su régimen.

Si bien la Provincia de Buenos Aires dictó el decreto 3942/91, por el cual se adhirió al régimen de desregulación, también dispuso que se ejecutasen las "*...medidas de carácter legislativo y administrativo...*" necesarias para aplicar el régimen legal a la provincia; condición que no se cumplió, por lo que entendemos no es aplicable lo allí dispuesto en el ámbito local.

Por otra parte, mediante la ley provincial 11.463 de ratificación del decreto 3942/1991, la Provincia de Buenos Aires se adhirió al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, liberando las restricciones en materia de oferta de bienes y servicios, las intervenciones en los mercados y al sector comercial, entre los que incluye, dar libertad a la instalación de farmacias y reducción horaria entre otras medidas, argumento que la actora utiliza para abonar sus pretensiones. Sin embargo, esta norma no es aplicable al caso ya que el plan marco en el cual se firmó el pacto mencionado precedentemente tuvo vigencia durante el período 1993-1995.

9°) Que habiendo concluido que no corresponde la aplicación del decreto de necesidad y urgencia 2284/91, debe analizarse la constitucionalidad del art. 14 de la ley provincial 10.606 a la luz de los principios de razonabilidad y



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de igualdad en cuanto excluye a las sociedades anónimas de aquellos sujetos que pueden ser propietarios de farmacias.

Ello puesto que si bien está ampliamente reconocida la facultad del Estado a través del ejercicio del poder de policía de dictar normas legales con el fin de asegurar la salud pública de sus habitantes, esta amplitud se encuentra limitada por los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional.

Así lo establece expresamente el art. 28 cuando prescribe que *"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"*. Este mandato constitucional constituye un límite al legislador, quien no puede apartarse de él sin poner en riesgo el Estado de Derecho.

Ahora bien, la ley 10.606 regula en capítulos diferentes lo atinente a la propiedad de la farmacia (capítulo II) y su dirección técnica (capítulo IV).

En particular, el art. 14 de la norma dispone que: "Serán autorizadas las instalaciones ó enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas ó Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia. c) De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y

terceros no farmacéuticos, actuando éstos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El ó los socios comanditarios no podrán participar de más de tres (3) Sociedades propietarias de Farmacias. d) De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios. e) De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearan instalar una Farmacia para sus asociados, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco (5) años en su actividad social reconocida. 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24° de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas Farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados ó afiliados de la Entidad ó Entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras Obras Sociales, Entidades Mutuales y/o Gremiales. 4. Estas Farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de Salud. 5. El Balance de estas Farmacias debe estar integrado en el Balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas Farmacias en ningún caso podrán ser entregadas en concesión, locación ó sociedad con terceros, sea en forma declarada ó encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin perjuicio de otras sanciones que puedan aplicarse según el caso".

De esta forma la ley 10.606 excluye a las sociedades anónimas de aquellos sujetos que pueden ser propietarios de una farmacia.

Tal regulación legal establece una restricción que no aparece como razonable, pues no se advierte el cumplimiento de qué finalidad pública vinculada a la protección de la salud se persigue con el hecho de exigir que la propiedad de las farmacias sea exclusivamente de ciertos sujetos y no de otros, excluyendo tipos societarios.

Este Tribunal ha resuelto, en este sentido, que "...la reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria, sino razonable, es decir, justificada por los hechos y circunstancias que le han dado origen, y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella..." ("Pedro Inchauspe Hermanos", Fallos: 199:483).

Por su parte, en el fallo aquí cuestionado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que *"...la delimitación de quienes pueden ser titulares de farmacias mantiene relación con aspectos fundamentales de la organización de la actividad (...) el legislador provincial ha tomado -en definitiva- la decisión de confiar tales materias únicamente a los profesionales farmacéuticos debidamente habilitados y a ciertas entidades estatales y de bien público, lo que, frente al ya mencionado propósito de asegurar un tratamiento humano y responsable de un bien social como el medicamento, en el que no predomine el ánimo de lucro, resulta razonable..."*.

Sin embargo, el argumento esgrimido no respalda la restricción normativa. En efecto, las cuestiones de administración y organización pueden ser eficazmente desempeñadas por personas que no sean de forma excluyente farmacéuticos o que integren otros tipos societarios.

Es que, conforme sus competencias profesionales específicas, el personal farmacéutico es esencial en la prestación del sistema de salud por las delicadas funciones que cumple dispensando y controlando el uso adecuado de los productos farmacéuticos destinados a la curación, prevención o diagnóstico de enfermedades de las personas, ya se trate de medicamentos que vienen elaborados previamente o cuando preparan o elaboran dichos productos. De igual manera, resulta esencial en la venta de los productos psicotrópicos, estupefacientes y prohibición de uso o venta de elementos tóxicos.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ninguna de estas competencias, empero, hacen a la propiedad y administración del establecimiento farmacéutico, sino a la dirección técnica en la provisión de medicación e insumos de la salud a los ciudadanos y a su registro y control.

Si bien la calidad de propietario y la de director técnico se encuentran vinculadas al derecho a la salud y a la vida, no se advierte que estos derechos se vean asegurados mediante la exclusión de las sociedades anónimas del carácter de propietarios.

En este sentido, el art. 22 de la ley 10.606 garantiza el rol del profesional farmacéutico en el resguardo de la salud y la vida de la población al disponer que: *"La dirección técnica de una farmacia, droguería, laboratorio de control, laboratorio de especialidades medicinales o herboristería, será ejercida por farmacéutico matriculado en la Provincia; que lo hará en forma personal y efectiva con bloqueo de título"*.

De la lectura del art. 34 de la ley se desprende que ninguna de las obligaciones que la norma pone en cabeza de los profesionales farmacéuticos se relacionan con la propiedad y administración general del establecimiento; sino con sus competencias profesionales específicas, las que ya fueron mencionadas previamente.

Tal falta de razonabilidad ya fue advertida por los propios legisladores (diputados) bonaerenses al momento de debatir la sanción de la ley 10.606.

Así, la diputada Cuezco refirió que *"...la interpretación actual confunde la propiedad de la farmacia con el ejercicio de la profesión del farmacéutico, interpretación a consecuencia de la cual sólo los farmacéuticos diplomados en las universidades pueden ser propietarios de farmacias, siendo evidente que el interés de la salud pública se vincula no a la propiedad sino a la dirección técnica de la farmacia, siendo solamente esta última la que debe y conviene reservar a los profesionales graduados en las universidades, semejante a lo que ocurre, por ejemplo, con los sanatorios, laboratorios, droguerías y otros grandes establecimientos también atinentes a la salud pública pero cuya propiedad es libre..."*.

En el mismo sentido, el diputado Rampi sostuvo *"Además, creemos entre otras cosas, (...) que por ejemplo es tan importante como la titularidad de una farmacia, la titularidad de una droguería, cosa que la ley que estamos tratando no contempla ni menciona en absoluto, salvo en el artículo 22 cuando determina que las droguerías tienen que tener un titular farmacéutico como director técnico, pero no habla de quien va a ser propietario de esa droguería..."* (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, Sesión Extraordinaria del 2 de abril de 1987).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No puede soslayarse, conforme el sentido común y la experiencia, que si bien la posesión del título de farmacéutico se vincula con el tratamiento humano responsable de un bien social como el medicamento; no es razonable afirmar que tal tratamiento humano responsable se vea garantizado con mayor certeza exigiendo que el farmacéutico sea propietario y no meramente director técnico del establecimiento.

No queda claro entonces cómo se explicaría que la salud pública se vea afectada por el hecho de que una sociedad anónima sea propietaria de una farmacia, ni en cuánto incidiría en la salud de la población la conformación societaria de los propietarios.

En definitiva, no se advierte que el medio -exclusión de las sociedades anónimas de la posibilidad jurídica de ser propietarias de una farmacia- guarde una relación de adecuación y proporcionalidad con la finalidad declarada protegida en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de proteger la salud y la vida de la población.

Concordantemente, este Tribunal tiene dicho que el Congreso "...se encuentra investido de la facultad de sancionar y establecer todas aquellas disposiciones razonables y convenientes, no repugnantes a la Constitución y que concurren a asegurar el bienestar social y económico de la República y sus habitantes..." ("Manuel Cornú c/ José Ronco", Fallos: 142:68).

A *contrario sensu*, una disposición normativa que no satisfaga los recaudos indicados no cumple con los estándares mínimos que permiten sostener su constitucionalidad.

A continuación, la corte local afirma en el fallo recurrido que *"... al no admitir que las sociedades anónimas sean titulares de farmacias, la ley 10.606 tiende a facilitar la individualización de las personas físicas que organizan la actividad, el trato personal y directo, procurando así una mayor visibilidad frente a las autoridades y la sociedad en general..."*.

Sin embargo, tal como se ha indicado precedentemente, no se ha acreditado la proporcionalidad entre el medio empleado y los fines perseguidos por la norma. Ello porque, conforme la legislación vigente, se puede determinar perfectamente quiénes son los sujetos responsables de la propiedad aun en el caso de las sociedades anónimas.

En efecto, la Ley General de Sociedades 19.550 presume la responsabilidad colectiva de todos los integrantes del órgano de administración de una sociedad que intervienen en la ejecución de una decisión imputable a ella, con base en su actuación conjunta, ya sea que estén presentes o ausentes.

Conforme lo dispuesto por el art. 274 de la mencionada ley, esta presunción de culpabilidad únicamente puede desvirtuarse cuando, una vez probada la culpa del órgano, no es necesario acreditar además la de cada uno de los administradores que lo integran.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Así, la conducta culposa del administrador es la que lo hace responsable, teniendo que responder por los daños producto de su actuación, no ajustada a la esperada, o cuando viole la ley, el estatuto o el reglamento, o produzca daño por dolo, abuso de facultades o culpa.

Como ya se dijo anteriormente, siendo que la culpa recae sobre todos los miembros del órgano, bastará al reclamante probar la existencia del daño y su conexión con aquel, sin necesidad de acreditar la culpa de cada uno de los miembros, ya que la ley no impone tal requisito.

Respecto a la cuestión de si los sujetos que conforman una sociedad anónima, propietaria de una farmacia, pueden ser individualizados claramente, la ley 19.550 de Sociedades Comerciales determina en su art. 11 los requisitos que debe contener el contrato constitutivo de una sociedad anónima para su inscripción en el registro de sociedades comerciales a los fines de obtener su regularidad y obtener los beneficios del tipo societario. En el inc. 1 del mencionado artículo, se regula la individualización de los socios con sus datos personales. Es decir que del contrato constitutivo se puede determinar cuáles son los miembros que la integran.

En dicho contrato constitutivo o estatuto va a estar determinada, por el tipo societario, cuál es la responsabilidad societaria y de los socios que le atribuye la ley, en algunos

casos limitada, en otros ilimitada, también puede ser solidaria o mancomunada y de simple mancomunación.

En el art. 54, último párrafo, la ley de sociedades regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica que la hace extensible a todos aquellos que como fuera posible, socios, sociedades controlantes, etc. Además, el Código Civil y Comercial de la Nación en su reforma, lo regula del mismo modo en su art. 144, ampliando a los sujetos que alcanza.

A mayor abundamiento, la ley 27.401 regula el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, por lo cual no puede afirmarse que no pueda determinarse la responsabilidad de las sociedades anónimas.

La innovación de esta ley es muy importante, porque permite que las personas jurídicas sean sujetos de imputación penal, que anteriormente no lo eran.

En conclusión, las sociedades anónimas responden en materia civil, comercial y penal conforme la legislación vigente (leyes 19.550 y 27.401), advirtiéndose una evolución en la materia desde la fecha de sanción de la ley 10.606 (1987), por lo que mal puede alegarse la imposibilidad de individualizar las personas responsables por acciones u omisiones dañosas de forma tal que habilite a excluir a este tipo societario de la propiedad de las farmacias.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

10) Que lo dicho hasta aquí no va en desmedro de la importancia de la función del profesional farmacéutico, ni de la necesidad de que se encuentre al frente de la dirección técnica de las farmacias para cumplir con el cometido para el cual su título profesional lo habilita. Menos aun vulnera su derecho a trabajar y a ejercer una industria lícita.

11) Que el otro aspecto a considerar es la violación del principio de igualdad. Este principio constitucional impone un trato igual a quienes se encuentran en iguales condiciones.

Al respecto, el art. 14 de la ley 10.606 viola el principio de igualdad en tanto determina que algunas personas jurídicas se vean beneficiadas con la posibilidad de habilitar o ser propietarias de farmacias y otras no.

Máxime cuando el mismo sistema sanitario de la Provincia de Buenos Aires no impone restricciones análogas para el caso de asociaciones, clínicas, sanatorios o policlínicas en los que se desempeñan los médicos y de los que pueden -sin embargo- ser propietarias las sociedades anónimas y personas físicas que no cuentan con títulos habilitantes para ejercer la medicina (v. decreto ley 7314/67 modificado por la ley 11.600).

De allí que siendo el mismo bien jurídico protegido, la salud pública, la existencia de restricciones al tipo societario que puede ser propietario de una farmacia y la ausencia de tales restricciones respecto a la propiedad de asociaciones, clínicas, sanatorios y policlínicas en los que

se desempeñan otros profesionales de la salud pone de manifiesto la irrazonabilidad del art. 14 de la ley 10.606.

De igual manera, al regular los laboratorios de especialidades medicinales y preparaciones oficinales, el art. 70 de la ley 10.606 no impone restricciones sobre quienes pueden ser propietarios de los establecimientos, limitándose a exigir el ejercicio de la dirección técnica por parte de un farmacéutico.

Lo mismo ocurre en el caso de las herboristerías y su laboratorio de calidad, donde también se requiere que la dirección técnica este a cargo de un farmacéutico. En cuanto a quién puede ser propietario en cambio, el art. 73 establece expresamente que pueden ser de una o varias personas o cualquier tipo de sociedad regular.

Por ello, y siendo que el principio de igualdad no implica una igualdad absoluta, sino la igualdad de trato para quienes se encuentran en iguales condiciones, y atento a que en el presente caso los supuestos indicados precedentemente son sociedades comerciales, la ley debe amparar a todos los tipos societarios de la misma manera.

En este contexto no es dable sostener que exista un criterio razonable que permita excluir a las sociedades anónimas de la propiedad de las farmacias en aras de mejorar la prestación del servicio de salud pública.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En los precedentes de este Tribunal, encontramos fundamentos que abonan lo que sostenemos, así esta Corte (del voto de la mayoría) declaró la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 10.606, en tanto impedía a las entidades de bien público que no se encuentran expresamente mencionadas en él, ser propietarias de establecimientos farmacéuticos, sosteniendo que esa disposición carece de razonabilidad por ser contraria al principio de igualdad ante la ley (Fallos: 333:1279).

Así también, en Fallos: 306:400 esta Corte sostuvo que "en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto". Cuando se afirma que son facultades discrecionales las ejercidas en el marco del poder de policía local al regular los requisitos para la habilitación de la farmacia, si bien es cierto que cada jurisdicción puede establecer recaudos conforme a su propia realidad, esa regulación es válida siempre y cuando no sea arbitraria, como en el caso de autos.

12) Que finalmente, la Corte local alega en su fallo que la finalidad de la ley 10.606 sustenta la restricción hoy cuestionada y que así lo ha reflejado la voluntad de los

legisladores, transcribiendo en este punto la opinión del legislador (senador) Ghiani (ver fs. 608 vta. y 609).

Sin embargo, no debe soslayarse que tal opinión fue seleccionada intencionalmente, pues de la lectura de la copia del diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires correspondiente a la sesión extraordinaria del 2 de abril de 1987 donde se debatieron los fundamentos para la aprobación de la actual ley 10.606, se advierte que en lo referido a la propiedad de las farmacias la opinión de los legisladores no fue unánime.

Se han transcripto precedentemente las opiniones de los diputados Cuezco y Rampi que dan cuenta de ello.

13) Que por los argumentos esgrimidos, al violentarse la razonabilidad y el principio de igualdad, queda clara la invalidez jurídica de la norma en este contexto.

Respecto a las demás pretensiones de la actora, de la declaración de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires que establece restricciones referidas a la cantidad de farmacias que pueden ser instaladas por una persona jurídica y la distancia que debe mantenerse entre ellas para su habilitación dentro del territorio de la mencionada provincia, no habiéndose expedido la instancia de anterior grado, corresponde devolver las actuaciones para que se resuelvan estas cuestiones por el superior tribunal de la causa (art. 14, ley 48).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por todo lo expuesto, y oída que fuera la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario federal, se revoca la sentencia apelada en cuanto declara la validez del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires y se devuelven los autos al tribunal de origen para que se expida sobre los agravios pendientes de solución. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 3. Agréguese la queja a los autos principales. Notifíquese y remítase.

Recurso de queja interpuesto por **Farmacity S.A.**, representada por el **Dr. Gabriel Bouzat**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 2, ambos del Departamento Judicial de La Plata**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 16 de Julio de 2021

Autos y Vistos; Considerando:

Que el 12 de diciembre de 2019 (fs. 586/606) el Tribunal hizo lugar a la demanda interpuesta por Ana María Bergerot y, en consecuencia, condenó a la Provincia de Salta -de manera concurrente con los demás codemandados- a pagarle, en el plazo de 30 días, una suma de dinero en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que sufrió a raíz del hecho acaecido el 1° de julio de 2003.

El 4 de agosto de 2020 el Estado provincial prestó conformidad con la liquidación practicada por la parte actora, la que fue aprobada a fs. 619.

El 12 de agosto de 2020, frente al pedido efectuado por la actora a fs. 632/633 tendiente a que se depositen las sumas emergentes de la liquidación aprobada, sin diferimientos, dado su estado de extrema vulnerabilidad, se intimó a los demandados al pago de los importes adeudados dentro del vigésimo día, bajo apercibimiento de ejecución.

En repuesta a dicha intimación la Provincia de Salta informó haber hecho el pedido de fondos al organismo provincial correspondiente por medio del expte. n° 0010007-57137/2020-0, con fundamento en las previsiones de las leyes de presupuesto de emergencia provincial.

Efectuado un nuevo requerimiento de pago ordenado a pedido de la parte actora, y concretado el 19 de octubre de 2020, la provincia demandada nada contestó al respecto.

Que, en tales condiciones, en mérito a lo decidido en la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2019, a que la demandada no acreditó la insuficiencia de crédito presupuestario para satisfacer la condena en el ejercicio financiero correspondiente al año 2020 en el que debía ser atendida, ni acompañó las constancias pertinentes para demostrar la previsión presupuestaria para el corriente año en los términos de las leyes locales invocadas -pese al tiempo transcurrido desde el pedido de prórroga efectuado a esos efectos-, y frente al silencio guardado ante el segundo requerimiento de pago que le fue formulado mediante la notificación del 19 de octubre de 2020, corresponde acceder a la ejecución promovida, en razón de que no es admisible que el Estado pueda demorar el acatamiento de un fallo judicial mediante el incumplimiento de un deber legal (Fallos: 322:2132; 339:1812, entre otros).

En consecuencia, dado que el embargo constituye un paso insoslayable del procedimiento de ejecución de sentencia (artículo 502 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 318:2660, considerando 8° y sus citas; 321:3508; 323:2954; causa CSJ 207/1990 (23-D)/CS1 "Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/ San Luis, Provincia de s/ daños y perjuicios", pronunciamiento del 13 de marzo de 2007, entre



Corte Suprema de Justicia de la Nación

otros), se dará curso a la solicitud formulada por la parte actora.

Por ello, se resuelve: Trabar embargo hasta cubrir el importe de \$ 2.796.115,98, con más la suma de \$ 300.000 que se presupuesta provisoriamente para responder a intereses y costas, sobre los fondos que por coparticipación federal tenga a percibir la Provincia de Salta. A tal fin líbrese oficio al Banco de la Nación Argentina a través del sistema Deox con los recaudos de estilo, haciéndole saber que el monto embargado deberá transferirse a una cuenta que a tal efecto se abrirá en la sucursal Tribunales de esa entidad bancaria, a la orden de esta Corte y a nombre de los presentes autos, en los términos de la comunicación "A" 5147 del Banco Central de la República Argentina -del 23 de noviembre de 2010-, debiéndose informar al Tribunal en forma electrónica acerca del cumplimiento de la medida encomendada. Una vez trabado el embargo, cítese a la ejecutada en los términos del artículo 505 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, mediante cédula electrónica. Notifíquese.

Parte actora: **Ana María Bergerot**, con el patrocinio letrado del **Dr. Marcelo Rubén Santamarina**.

Parte demandada: **Provincia de Salta: Dr. Rodolfo J. Urtubey, Fiscal de Estado, Dr. Ramiro Simón Padrós**, letrado patrocinante y **Dres. Edgardo César Martinelli y Macarena Alurralde Urtubey**, letrados apoderado; **Brian Gabriel Eizikovitz**, representado por el **Dr. Diego Carlos Córdoba**, letrado apoderado; **Sergio Gustavo Tosolini**: no se presentó en el expediente; citada en garantía: **Berkley International Seguros S.A.**, representada por su letrado apoderado, **Dr. Eulogio Jorge Cortina**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 25 de Febrero de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Asociación Civil Inter Artis Argentina - SAGAI y otro c/ I.G.J. 7480576/1880189 s/ recurso directo a cámara", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se declara la nulidad de todo lo actuado ante la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Con costas. Agréguese la queja al principal y devuélvase los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, corra el traslado omitido a la Inspección General de Justicia y, posteriormente, dicte un nuevo pronunciamiento en relación al recurso directo que motivó estas actuaciones. Exímase al recurrente de integrar el depósito. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recurso de queja interpuesto por la **Inspección General de Justicia (I.G.J.)**, representada por el **Dr. Carlos Alberto Flores**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Ana Castagnino Sá**.

Tribunal de origen: **Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Suprema Corte:

–I–

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó los planteos de nulidad interpuestos por la Inspección General de Justicia y por la Sociedad Argentina de Actores e Intérpretes Asociación Civil –SAGAI– que pretendían anular los efectos de la sentencia del 6 de julio de 2017 ya que en dicha sentencia se declaró la invalidez de la Resolución IGJ 239/2017 sin haberse corrido el traslado a la Inspección General de Justicia previsto en el artículo 17 de la ley 22.315 (fs. 583 de los autos principales, que se citaran en lo sucesivo salvo aclaración en contrario).

Fundó su decisión en que el traslado previsto por el mencionado artículo 17 de la ley 22.315, que al regular el procedimiento del recurso directo previsto para la impugnación de las resoluciones de la IGJ prevé que la cámara debe dar traslado a dicho órgano por el plazo de 5 días, opera en el supuesto de que la IGJ actúe de oficio en ejercicio del poder de policía que le es propio. En cambio, sostiene que en el presente caso la IGJ dictó la resolución cuestionada resolviendo una denuncia efectuada por SAGAI respecto de otra asociación –Inter Artis Argentina Entidad de Gestión Asociación Civil– en la que se pretendía que se suprima del estatuto social que se le había aprobado a la denunciada toda mención a la gestión colectiva de administración de los derechos de artistas intérpretes –actores y bailarines– que por los decretos 1914/2006 y 677/2012 le habían sido reconocidos a la denunciante.

Por lo tanto, concluyó que habiéndose expedido la IGJ, cuestionada esa resolución y oídas ambas partes no correspondía el traslado que se reclama.

-II-

Contra esa decisión, tanto la Inspección General de Justicia como la Sociedad Argentina de Actores e Intérpretes Asociación Civil interpusieron recurso extraordinario (fs. 584/597 y 600/611). En lo que respecta al recurso interpuesto por SAGAI, respecto al rechazo del planteo de nulidad, fue contestado por Inter Artis Argentina (fs. 652/656) y denegado, lo que motivo la presentación de recurso de queja (fs. 31/35 de los autos CIV 13581/2017/3/RH3 que corren por cuerda). Respecto al recurso interpuesto por la IGJ fue rechazado *in limine*, sin sustanciación, por no haberse demostrado un interés personal y/o jurídico (fs. 630/631), lo que motivó la presente queja (fs. 30/34 del cuaderno respectivo).

Se agravia la IGJ en el remedio intentado. En primer lugar, entiende que el *a quo* la dejó en absoluto estado de indefensión al no haberle corrido traslado del recurso directo interpuesto por Inter Artis, no haberle reconocido el carácter de parte en el proceso y tampoco haberla notificado de la sentencia que revocó la Resolución 239/2017. En segundo lugar, y sin perjuicio de ello, se notifica espontáneamente de la sentencia de fojas 572/574 que revoca la resolución cuestionada y expone sus agravios respecto a dicho pronunciamiento. Indica, en síntesis, que resulta arbitrario por hacer una interpretación dogmática de los decretos 1914/2006 y 672/2012 así como de otras normas que fundan la resolución impugnada.

Por su parte, en la queja que corre por cuerda en la que SAGAI se agravia respecto de la sentencia que rechazó los planteos de nulidad, sostiene que se incumplió el traslado a la IGJ en violación del artículo 17 de la ley 22.315 dejándola en estado de indefensión, más aún cuando luego se revocó el acto por ella dictado. Ello, a pesar de que el traslado incluso había sido solicitado

con anterioridad a la sentencia por la propia denunciada Inter Artís, a fojas 575/576. Señaló que el *a quo* realizó una distinción entre cuando la IGJ actúa de oficio y cuando actúa resolviendo una denuncia, a pesar de que esa distinción no está prevista por la ley. Indicó que se violó lo sostenido por la Corte Suprema en el precedente "Castañeiras" y solicitó que se declare la nulidad de lo actuado.

-III-

En forma previa, advierto que no se ha corrido el traslado a todas las partes interesadas, dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto del recurso extraordinario interpuesto por la IGJ. Entiendo que no resulta óbice para el cumplimiento de ese recaudo previo el hecho de que, con posterioridad, el *a quo* haya decidido rechazar *in limine* el recurso, pues el ordenamiento ritual no prevé ninguna excepción de ese tipo en estos casos. Ello, teniendo en cuenta que el traslado del recurso extraordinario tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y planear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos: 327:3723, "Aeroandina S.A" y sus citas, Fallos: 339:1436, "Matadero Municipal de Luis Beltrán"). La sustanciación es, asimismo, condición necesaria de validez de todo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los planteos introducidos en el recurso extraordinario (Fallos: 327:296, "Moliné O' Connor", y su cita).

Sentado ello, considero, a su vez, que el recurso federal deducido fue incorrectamente denegado por el *a quo*, toda vez que se denuncia la afectación de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional). En este sentido, cabe considerar que se encuentra habilitada la intervención de la Corte cuando resulta necesario adecuar la

actuación de la alzada cuando se configura un supuesto de transgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia (Fallos: 323:3314, "Chiarieri", entre otros).

-IV-

Sobre tales bases, advierto que con posterioridad a la elevación a cámara del recurso directo interpuesto por Inter Artis, no se ha corrido el correspondiente traslado a la Inspección General de Justicia que exige el artículo 17 de la ley 22.315 que, al regular el procedimiento para recurrir las resoluciones de la IGJ, en lo pertinente dispone: "Las actuaciones se elevarán a la Cámara respectiva dentro de los CINCO (5) días de interpuesto el recurso, y ésta dará traslado por otros CINCO (5) días a la Inspección General de Justicia o al Ministerio de Justicia de la Nación". Ello, tomando en cuenta que la ley no distingue respecto a si el órgano emisor del acto actúa o no de oficio, distinción que en forma infundada pretende introducir la sentencia recurrida.

A su vez, cabe recordar que "es doctrina de V.E. que corresponde reconocer a los organismos de la administración pública la facultad de intervenir en las instancias judiciales de apelación en defensa de la legalidad de sus actos (Fallos: 324:2962 y 3940, entre otros). También la Corte ha resuelto que la repartición cuya decisión fue impugnada, debe ser anoticiada tanto del pronunciamiento dictado en consecuencia cuanto del recurso extraordinario interpuesto contra este último" (Fallos: 330:2192, "Petrolíferos Fiscales Gas S.A.", por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, y Fallos: 324:2962, "Laboratorio Bagó S.A.").

En tales condiciones, entiendo que se han vulnerado en este caso aspectos que atañen al orden público y, por lo tanto, el defecto señalado constituye un vicio que debe provocar la nulidad de todo lo actuado ante el *a quo*

(cfr. doctrina del caso FMP 081013653/2011/CS001, "Castañeiras, Claudia Elena c/ Universidad Nacional de Mar Del Plata s/ Recurso Directo Ley de Educación Superior Ley 24.521", sentencia del 11/04/2017, y sus citas). Ello por cuanto en autos se patentizó una grave violación a la garantía constitucional del debido proceso y de defensa en juicio, contemplados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, respecto del órgano emisor de la resolución que se cuestiona, que no ha podido expedirse respecto del recurso directo interpuesto, tal como era su derecho conforme a lo dispuesto por la ley reseñada.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la nulidad de lo actuado ante la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se corra el traslado omitido a la Inspección General de Justicia y, posteriormente, se dicte un nuevo pronunciamiento en relación al recurso directo que motivó estas actuaciones.

Buenos Aires, 14 de noviembre de 2018.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación

Corte Suprema de Justicia de la Nación



Buenos Aires, 11 de febrero de 2020.

Vistos los autos: "Liu, Cairong s/ solicitud carta de ciudadanía".

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que revocó la de primera instancia en cuanto había declarado ciudadana argentina por naturalización a la señora Cairong Liu, esta interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 97.

2°) Que en el caso media cuestión federal suficiente para la apertura de la instancia extraordinaria por haberse puesto en tela de juicio el alcance de normas de índole federal, como son las leyes 346 y 23.059, y la decisión fue contraria al derecho que en ellas funda el recurrente.

3°) Que en el remedio federal se cuestiona la sentencia de cámara, en la que se consideró que el requisito de tener conocimientos elementales del idioma castellano era necesario para obtener la ciudadanía argentina, pues pese a no hallarse previsto en la ley 346, tal requisito resulta imprescindible para poder ejercer los derechos políticos inherentes a la condición de ciudadano. En dicha sentencia se puso de relieve que la interesada no había demostrado tener esos mínimos conocimientos del idioma nacional.

4°) Que la ley vigente en la materia y aplicable al presente caso es la 346, que no contempla en sus disposiciones la exigencia del conocimiento del idioma nacional como recaudo

para acceder a la ciudadanía; el que sí se hallaba previsto en la ley de facto 21.795 que rigió con anterioridad, según la cual el extranjero debía poder "expresarse en forma inteligible en el idioma nacional" (conf. art. 5º, inc. e).

Esta última ley fue derogada por la 23.059, la que a su vez restituyó la vigencia de la ley 346. El Poder Ejecutivo, en el mensaje de elevación al Congreso del proyecto que, con algunas modificaciones, se convertiría en ley 23.059, señaló que era necesario derogar la 21.795 por reputarla opuesta "a una secular tradición jurídica argentina" e "inconstitucional en muchos de sus aspectos", entre ellos "la discriminación que efectúa hacia los extranjeros" (conf. Servicio de Información Parlamentaria n° 7, antecedentes parlamentarios de la ley 23.059, Cámara de Diputados de la Nación, 4 de enero de 1984, págs. 380 y 381). En sentido concorde, el diputado que fue miembro informante ante la Cámara de Diputados también adujo "la imperiosa necesidad de derogar de inmediato la ley de facto 21.795", la que "comparada con la tradicional ley 346 (...) puede, sin el menor asomo de duda, ser calificada de persecutoria contra (...) los extranjeros deseosos de naturalizarse argentinos y de incorporarse plenamente a la comunidad"; y entre las disposiciones consideradas particularmente repugnantes a la Constitución aludió a la "agravación de los requisitos y procedimientos para la naturalización de extranjeros" (conf. Servicio de Información Parlamentaria n° 7, antecedentes parlamentarios de la ley 23.059, Cámara de Diputados de la Nación, 9 de enero de 1984, págs. 800 y 801).

5º) Que de lo expuesto se infiere que la derogación

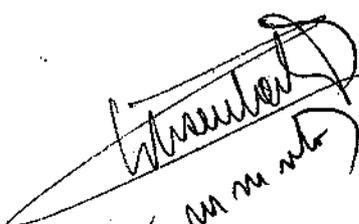
Corte Suprema de Justicia de la Nación

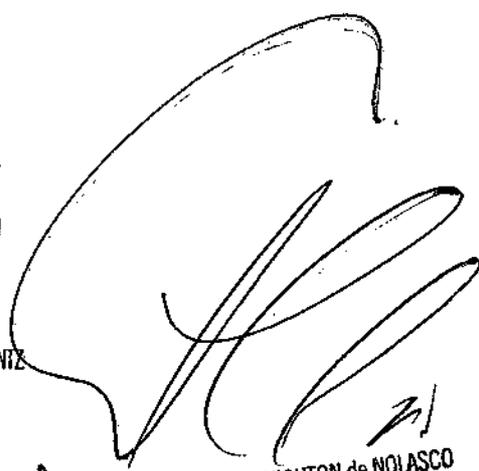
del régimen anterior y su reemplazo por la ley 346 comportó la eliminación de los requisitos previstos en la ley derogada -y no contemplados en la vigente- entre los cuales se hallaba el de saber expresarse en forma inteligible en el idioma nacional. Máxime cuando el Poder Legislativo, al sancionar las leyes 24.533 y 24.951, que modificaron parcialmente la ley 346, no agregó nuevos requisitos a los definidos originariamente. Tampoco el decreto 3213/84 hace mención alguna a tal exigencia para obtener la ciudadanía (art. 3, decreto 3213/84). Esta Corte ha señalado que la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley (Fallos: 297:142; 299:93; 301:460). Por ello, exigir -como lo hace la cámara- la acreditación de dicha aptitud por parte de la actora contradice claramente, no solo el texto de la ley vigente, sino también el propósito perseguido por el legislador al restablecerla.

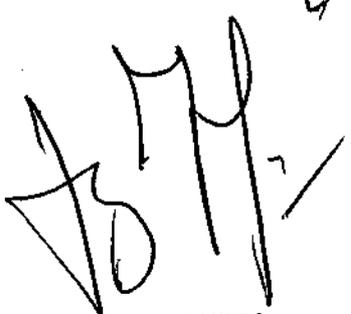
6°) Que, con independencia de lo expresado, cabe destacar que carece de sustento la afirmación según la cual el conocimiento elemental del idioma nacional resultaría una condición imprescindible para el ejercicio de los derechos políticos, pues no es evidente que la falta de ese conocimiento constituya en la actualidad una barrera que impida a todo extranjero residente en el país acceder a la información necesaria para ejercer diligentemente su derecho a votar. La valoración del grado de dificultad en que pueda hallarse un extranjero que no conoce el idioma castellano, así como la conveniencia de establecer dicha exigencia y determinar sus alcances, son aspectos que escapan al escrutinio judicial para

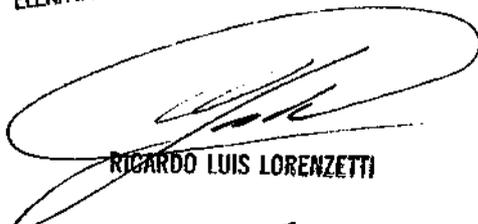
ingresar dentro de un ámbito de exclusiva discrecionalidad del legislador (conf. Fallos: 273:418; 300:700; 315:2443; 318:1012; 329:5621; 339:1583; 340:644, entre muchos otros).

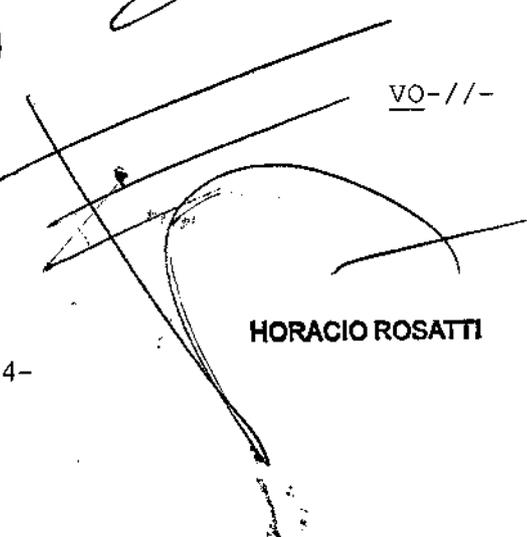
Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden atento la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.


CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ


ELENA I. HIGHTON de NOLASCO


JUAN CARLOS MAQUEDA


RICARDO LUIS LORENZETTI


VO-//--
HORACIO ROSATTI

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

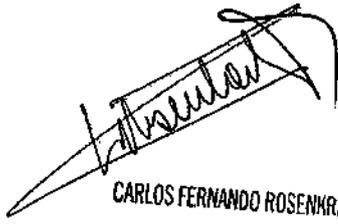
Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1° a 5° del voto que encabeza este pronunciamiento, que da íntegramente por reproducidos por razones de brevedad.

6°) Que, finalmente, esta Corte considera que la valoración de si el conocimiento del idioma nacional resulta una condición imprescindible para el ejercicio de los derechos políticos es una cuestión de mérito o conveniencia que escapa al escrutinio judicial.

En efecto, el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso legislar sobre naturalización y nacionalidad. En la ley 346 y en su reglamentación, dictadas al amparo de dicha previsión constitucional, no se consideró que el conocimiento del idioma nacional fuera una exigencia para tramitar la ciudadanía argentina. Más aún, de acuerdo con lo expresado en el punto anterior, los antecedentes que dieron lugar al restablecimiento de la vigencia de la ley 346 sugieren que la voluntad legislativa fue que tal conocimiento dejara de ser un recaudo para el otorgamiento de la ciudadanía por naturalización.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden atento la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los

autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso extraordinario interpuesto por Cairong Liu, por su propio derecho y con el patrocinio letrado de la Dra. María Laura Petraglia.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal de Junín.

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revocó la resolución dictada por el juez de primera instancia que había otorgado la ciudadanía argentina por naturalización a la señora Cairong Liu (fs. 78/81).

El tribunal, con remisión a los argumentos brindados por el fiscal general (fs. 76), señaló que la exigencia de conocimiento del idioma nacional, si bien no es un requisito expreso como los dispuestos en el artículo 2 de la ley 346, constituye una exigencia implícita porque resulta imprescindible para el ejercicio de los derechos políticos.

Añadió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente registrado en Fallos: 211:376, sostuvo que la circunstancia de que un requisito no esté expresamente incluido en la ley no es óbice para que sea exigido si se trata de una condición indudablemente inherente a la naturaleza del derecho cuyo otorgamiento está en tela de juicio.

Consideró que el conocimiento mínimo de nuestro idioma nacional —el saber expresarse inteligiblemente en idioma castellano— es una condición esencial a la calidad de ciudadano argentino. Aclaró, asimismo, que ese conocimiento básico que se requiere para la obtención de la carta de ciudadanía no implica la realización de un examen de alfabetización —saber leer y escribir—.

En ese marco, ponderó que se encontraba acreditado que la actora no tenía conocimientos mínimos del idioma nacional por cuanto cuando fue interrogada por la fiscal subrogante interviniente no había respondido las preguntas formuladas.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario (82/95), que fue concedido (fs. 97).

Por un lado, señala que la cámara efectuó una interpretación inconstitucional de los requisitos para la obtención de la carta de ciudadanía argentina toda vez que ni la ley 346 ni su decreto reglamentario 3213/84 contemplan el conocimiento del idioma nacional como condición para su otorgamiento y menos aún para el ejercicio de derechos políticos.

Agrega que tal decisión contradice lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Benítez" (Fallos: 295:209), en cuanto a que ni la Constitución ni la ley demandan que el solicitante de la ciudadanía sepa leer y escribir.

Concluye que esta interpretación de la ley 346 es violatoria de los derechos reconocidos en los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, II y XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2, 7 y 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 20, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, alega que la sentencia incurrió en arbitrariedad al tener por acreditado que la actora no domina el idioma nacional. Indica que el tribunal arribó a esa conclusión únicamente a partir del hecho de que la peticionante no respondió las dos preguntas formuladas por la fiscal en la audiencia, cuya acta consta a fojas 53. Argumenta que el *a quo* debió haber tenido en consideración que la actora desarrolla actividades comerciales, sociales y culturales como cualquier ciudadano argentino sin imposibilidades para los actos de la vida cotidiana.

-III-

El recurso extraordinario ha sido bien concedido pues se encuentra en tela de juicio la interpretación y aplicación de normas federales y la decisión de la alzada ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, Ley 48; Fallos: 330:4554, "Zhang").

-IV-

La cuestión federal a estudio consiste en determinar si, a la luz de la normativa aplicable al caso, el conocimiento del idioma nacional es un requisito necesario para el otorgamiento de la ciudadanía argentina.

La Constitución Nacional establece en el artículo 20 que los extranjeros obtienen la nacionalización residiendo dos años continuos en la nación, plazo que puede ser acortado por la autoridad si el interesado prueba servicios a la república.

Por su parte, el artículo 2 de la ley 346 de Ciudadanía y Naturalización prevé que son ciudadanos por naturalización "los extranjeros mayores de 18 años, que residiesen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo". En el mismo sentido, el artículo 3 del decreto reglamentario 3213/84 establece que los extranjeros al momento de solicitar su naturalización deberán cumplimentar las siguientes condiciones: a) tener dieciocho (18) años de edad cumplidos; b) residir en la república dos (2) años continuos y c) manifestar ante los jueces federales su voluntad de serlo.

Es decir, el conocimiento del idioma nacional no es un requisito expresamente previsto en la legislación vigente. En estas condiciones, es preciso establecer si, como sostuvo el *a quo*, se trata de una condición implícita e inherente a la naturaleza de la ciudadanía argentina y, por ello, resulta de todos modos exigible.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que la primera pauta de interpretación de la ley es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley, y en esta tarea, no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance" (Fallos: 328:2627, "Pesquera Alenfish S.A.", por remisión al dictamen de esta Procuración, 332:1466, "Ni, I-Hsing" y sus citas) y

que “en toda tarea de interpretación de normas es pertinente rastrear el espíritu que informa a aquellas en procura de su aplicación racional” (Fallos: 312:802, “Susperreguy”; 314:1042, “García”, entre otros).

Al respecto, cabe señalar que el requisito de conocimiento del idioma nacional había sido incluido en la normativa sobre la materia durante la última dictadura militar en la Argentina. En efecto, a través de la ley 21.610, sancionada y promulgada en 1977, se añadió al texto de la ley 346, como causal de impedimento para el otorgamiento de la nacionalidad por naturalización, el “no poseer nociones elementales del idioma castellano”. Posteriormente, la ley 21.795 del año 1978, derogó la ley 346, e inauguró un nuevo sistema legal sobre ciudadanía que incorporó entre los requisitos para obtener la nacionalidad, “saber leer, escribir y expresarse en forma inteligible en el idioma nacional”.

Con la recuperación de la democracia, la sanción de la ley 23.059 en 1984 restableció la ley de ciudadanía originaria que no contemplaba el conocimiento del idioma como requisito de acceso a la nacionalidad argentina.

En el caso “Ni, I-Hsing” (Fallos: 332:1466) —en el que se impugnó la constitucionalidad del requisito de contar con residencia “legal” para obtener la nacionalidad por naturalización—, la Corte Suprema de la Nación destacó las razones expuestas en el mensaje de elevación al Congreso de la Nación por el gobierno del doctor Raúl Alfonsín para restituir la vigencia de la antigua ley de ciudadanía y naturalización. En particular, se señaló que era necesario derogar la ley por considerarla “opuesta a una secular tradición jurídica argentina”, e ‘inconstitucional en muchos de sus aspectos’, entre los que se cuenta la discriminación que efectúa hacia los extranjeros” (considerando 4º). El máximo tribunal resaltó también lo expresado por el miembro informante que, en ocasión de presentar ante la Cámara de Diputados de la Nación el informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales, sostuvo “la imperiosa necesidad de derogar de inmediato la ley 21.795” que, “(c)omparada con la tradicional ley 346 (...) puede,

sin el menor asomo de duda, ser calificada de persecutoria contra (...) los extranjeros deseosos de naturalizarse argentinos y de incorporarse plenamente a la comunidad". Entre otras disposiciones normativas consideradas particularmente "repugnantes a la Constitución" se aludió a la "agravación de los requisitos y procedimientos para la naturalización de extranjeros" (considerando 4º).

En este caso, la Corte Suprema concluyó que la derogación de la ley 21.795 y la consiguiente supresión del término "legal", evidenciaban la voluntad del legislador de eliminar ese recaudo a los fines de obtener la ciudadanía (considerando 4).

Sobre esta base, considero que de la sanción de la ley 23.059 —que derogó la ley 21.795 y restableció la vigencia de la ley 346— resulta claro el propósito del legislador de eliminar la imposición contenida en el artículo 5, inciso e, de aquella norma que requería "saber leer, escribir y expresarse en forma inteligible en idioma nacional".

Por ello, aun cuando se admita —como lo hace el *a quo* en función de un precedente de la Corte Suprema del año 1948, registrado en Fallos: 211:376—la posibilidad de identificar requisitos implícitos de acceso a la ciudadanía, la exigencia de conocimiento del idioma nacional no puede encuadrarse en ese supuesto. En efecto, no puede considerarse implícito un requisito que se instauró temporalmente en una ley y fue luego eliminado por el legislador sobre la base de los claros fundamentos políticos e institucionales mencionados. Dicho de otro modo, cuando el legislador decidió restituir el texto original de la ley 346 lo hizo con la intención de restablecer el sistema de requisitos básicos de acceso a la ciudadanía y suprimir aquellos otros que habían sido incorporados por el gobierno de facto. Por ello, mal podría entenderse que el conocimiento del idioma nacional constituye un requisito implícito para ser ciudadano argentino.

En sentido concordante con esta lectura de la ley, el Poder Ejecutivo Nacional, al dictar el decreto reglamentario 3213/84 y disponer los requisitos para solicitar la naturalización, omitió cualquier referencia a esa exigencia específica. De igual manera, el Poder Legislativo, al sancionar la ley 24.533, que modificó parcialmente la ley 346, no agregó requisitos a los definidos originariamente e incluso introdujo mayores facilidades para obtener la ciudadanía.

Por lo demás, la tesis jurisprudencial de los requisitos implícitos o tácitos es una pauta hermenéutica que entra en tensión con la garantía de reserva de ley, que impone que únicamente una ley en sentido formal puede establecer restricciones al ejercicio de derechos fundamentales (cfr. arts. 19, Constitución Nacional y 30, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ello limita severamente la posibilidad de fijar por la vía de interpretación judicial requisitos que restrinjan el ejercicio del derecho de acceso a la ciudadanía argentina, más allá de los establecidos de forma clara y precisa por la Constitución, y por la ley que la reglamenta.

En el caso “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero” —con cita del caso “Yatama vs. Nicaragua” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— la Corte Suprema de Justicia expresó que la reglamentación de los derechos —en ese caso, los derechos políticos— resultaba válida en la medida en que se observaran los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (S.C. U. 58, L. XLIX, sentencia del 5 de noviembre de 2013, considerando 31º). En otro precedente, esgrimió que la exigencia de que la restricción a los derechos deba estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo “se vincula estrechamente con la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional del cual surge que toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en

razón de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca" (Fallos: 311:2553, "Sánchez Abelenda", considerando 10°).

Para más, el papel que incumbe a los jueces en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales no llega hasta la facultad de instituir la ley misma, siendo entonces la misión más delicada de la justicia saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes (Fallos: 308:1848, "Rolón Zappa", considerandos 5° y 6°).

Por último, la condición de ciudadano argentino no es un privilegio que otorga la ley ni la justicia, sino un estado que involucra derechos y consiguientes compromisos.

Bajo este prisma, tampoco resulta plausible el argumento de que el dominio del idioma nacional es una condición imprescindible para ejercer los derechos políticos. Si la vara de la ciudadanía se expresa en el derecho al voto basta señalar que la normativa electoral no establece este recaudo para ejercer derechos electorales activos ni pasivos, ni mucho menos controles o exámenes de dominio del idioma como barrera para la participación en los comicios (Código Nacional Electoral, ley 19.945 y sus modificatorias). Entre los fundamentos del sistema representativo no existe principio alguno que justifique la exclusión de la práctica política democrática por ese motivo, pues cualquier extranjero residente e integrado a su comunidad, aunque no domine plenamente el idioma, puede encontrar diversas formas de participar de la vida social y política del país, comunicarse con sus conciudadanos por innumerables vías y, en especial, agruparse y movilizarse sobre la base de convicciones e intereses. Tampoco resulta posible vincular el dominio del idioma nacional con las cualidades que requiere la convivencia ni con la ética que demanda el ejercicio de una función pública.

En el referido precedente de 1948, la Corte sostuvo un razonamiento similar respecto de la habilitación para ser ciudadanos de quienes no saben leer y escribir. Allí expresó "Que la letra de las normas constitucionales y legales relativas a la capacidad requerida para el goce de los derechos políticos no contienen restricción ninguna para los analfabetos. Y nada de lo dispuesto en los textos constitucionales respectivos autoriza a considerar que la restricción es del espíritu de ella (...). Por lo demás en los fundamentos del sistema representativo no hay principios que comporten necesariamente y de por sí una exclusión de esta especie, determinada por una deficiencia que no hace a las aptitudes esenciales para la convivencia política ni a aquella condición moral del ciudadano que corresponde tomar en consideración primera e ineludiblemente cuando se trata de su injerencia en la gestión pública" (Fallos: 211:376).

Por las consideraciones expresadas, opino que el *a quo* interpretó inadecuadamente el derecho federal vigente puesto que el dominio o conocimiento del idioma nacional no es un requisito para acceder a la ciudadanía argentina. En estas circunstancias, en los términos que ha quedado trabada la contienda, entiendo que corresponde otorgar la ciudadanía solicitada.

-V-

Por lo expuesto, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida.

Buenos Aires, 27 de abril de 2017.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Presidencia General de la Nación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 15 de Abril de 2021

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Grindetti, Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y otro s/ amparo colectivo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando que:

1º) En el marco de una acción de amparo iniciada por el intendente del Municipio de Lanús –Provincia de Buenos Aires–, Néstor Osvaldo Grindetti, contra la Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR S.A.) y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE), el actor solicitó una medida cautelar a fin de garantizar la continuidad del servicio que presta la empresa en la mencionada localidad.

Sostuvo que persigue la tutela de los derechos de los habitantes del municipio que son usuarios del servicio de energía eléctrica –a los que calificó de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos–, afectados por reiterados cortes de suministro. Para fundar su legitimación colectiva invocó los artículos 43 de la Constitución Nacional, 52 de la ley nacional de Defensa del Consumidor (24.240) y 26 del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133) y la doctrina que emana del precedente "Halabi" (Fallos: 332:111). También afirmó que dicha legitimación surgía por ser "usuario del servicio referido, al encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a mi cargo".

2°) La Sala II de la Cámara Federal de La Plata confirmó la medida cautelar dictada en primera instancia e impuso a EDESUR S.A. tres obligaciones: a) restablecer inmediatamente el servicio eléctrico en el municipio y mantenerlo en forma ininterrumpida; b) devolver por las vías pertinentes a los usuarios los importes correspondientes a las tarifas abonadas, más la reparación integral de los daños causados; y c) acordar un protocolo de actuación en caso de reiteración de los cortes del servicio que garantice de parte de la demandada la provisión de agua potable, si fuere necesaria, y la utilización de grupos electrógenos alternativos que, de modo eficaz y rápido, satisfaga las necesidades de la población del partido de Lanús, especialmente de grupos vulnerables, niños, ancianos y enfermos.

3°) EDESUR S.A. cuestionó la sentencia mediante recurso extraordinario, cuya denegatoria da lugar a la presente queja.

Se agravia, en síntesis, porque: (i) el fallo ha devenido abstracto, ya que el suministro eléctrico en el municipio se está brindando debidamente; (ii) la cautelar fue dictada sin existir verosimilitud en el derecho, pues el servicio público se presta respetando el marco regulatorio de energía eléctrica que prevé la posibilidad de suspensiones de servicio; (iii) la sentencia soslaya que el sector energético está atravesando una situación crítica, tal como da cuenta el decreto 134/2015; (iv) no se ha acreditado el recaudo de peligro



Corte Suprema de Justicia de la Nación

en la demora, toda vez que no se ha demostrado el registro de los cortes masivos del servicio; y (v) el fallo es arbitrario por incongruente, al ordenar a las partes acordar un protocolo de actuación para futuros cortes de energía, que garantice la provisión de agua potable y la utilización de grupos electrógenos.

4°) Tal como lo expone la señora Procuradora Fiscal, en primer término corresponde analizar la legitimación invocada por el actor.

No es óbice que el tema sea ajeno a los agravios planteados en el recurso extraordinario. La legitimación es un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y del artículo 2° de la ley 27. Es por ello que en reiteradas ocasiones esta Corte ha comprobado de oficio la concurrencia de los elementos constitutivos del caso judicial, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (conf. Fallos: 340:1084 y sus citas).

Si esta Corte —o cualquier otro tribunal nacional— interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación se transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes (conf. Fallos: 5:316; 30:281; 156:318, entre muchos otros). Esta limitación es particularmente

aplicable a un proceso como el de autos pues admitir una medida cautelar como la peticionada por quien carece ostensiblemente de legitimación "deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" (Fallos: 336:2356, considerando 4° y sus citas).

5°) Como se expresó anteriormente, el intendente de Lanús sustenta su legitimación anómala para defender a los usuarios del servicio de energía eléctrica que presta EDESUR S.A. que habitan en dicho municipio, en las disposiciones que surgen de los artículos 43 de la Constitución Nacional, 52 de la ley 24.240 y 26 de la ley provincial 13.133. También invoca los principios que emanan del precedente "Halabi".

6°) Ahora bien, esta legitimación colectiva que invoca el actor debe surgir de las normas nacionales que regulan la cuestión.

En efecto, los actos y omisiones del gobierno federal —o de quienes prestan un servicio público por delegación de él— son cuestionables bajo las reglas fijadas en la Constitución Nacional y en las leyes que dicte el Congreso de la Nación. Estas reglas son las que determinan la competencia de los tribunales federales que habrán de conocer en esas causas, los procedimientos que deben seguirse, la capacidad para estar en



Corte Suprema de Justicia de la Nación

juicio de las partes y el modo de configurarse las controversias.

En el precedente de Fallos: 329:4542, al analizar la legitimación del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en una causa tramitada ante la justicia federal, esta Corte consideró que las legislaturas provinciales carecen de facultades para reglar los procedimientos seguidos en los juicios tramitados ante los tribunales de la Nación. Sostuvo que la potestad de las autoridades locales para regular sus propias instituciones *"debe entenderse dentro del orden provincial respectivo y sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de la otra, porque entonces ésta vendría a quedar regida, no por sus propias instituciones,... sino por las extrañas"* (ver considerando 6°). Este criterio fue reiterado por el Tribunal recientemente respecto de otros defensores del pueblo provinciales (ver Fallos: 340:745; 341:1727 y 342:1041).

7°) Desde esta perspectiva, y en lo que respecta a la Constitución Nacional, el artículo 43, segundo párrafo, solo reconoce legitimación anómala o extraordinaria para intervenir en el proceso en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma. No habilita la actuación de las autoridades locales –provinciales o municipales– para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza (respecto de las provincias, ver Fallos: 343:2080, considerando 3°, y sus citas).

La legitimación colectiva que invoca el actor tampoco encuentra respaldo en ninguna de las disposiciones de la ley 24.240. Este ordenamiento legitima a las autoridades locales de aplicación para accionar judicialmente (artículo 52) pero establece específicamente que esas autoridades son las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (artículo 42). Es claro, por lo tanto, que la ley 24.240 no reconoce como legitimados anómalos para la defensa colectiva de los derechos de los usuarios residenciales que habitan en el partido de Lanús a ningún organismo municipal. A tales efectos, carece de relevancia que la relación jurídica sustancial existente entre estos usuarios y EDESUR S.A. pueda estar alcanzada por la ley de defensa del consumidor en tanto se cuestiona la interrupción de un servicio público domiciliario (conf. artículo 30).

8°) Por otro lado, tal como se explicó en el considerando 6°, la legislación local invocada en la demanda no puede ampliar la legitimación colectiva fijada en las normas nacionales para litigar ante la justicia federal en defensa de los derechos de terceras personas.

Consecuentemente, el artículo 26 de la ley provincial 13.133, que reconoce legitimación a los municipios a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) en cuestiones de defensa del consumidor, solo podría justificar la legitimación colectiva del actor para accionar en la jurisdicción provincial.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

9°) Tampoco cabe reconocer la legitimación colectiva invocada por el actor en su calidad de afectado por la interrupción del servicio de energía en las dependencias municipales y en la vía pública.

En ciertos supuestos, el artículo 43 de la Constitución Nacional admite la posibilidad de que el propio afectado interponga una acción colectiva en defensa de intereses individuales de otras personas. Para ello, es necesario, entre otros recaudos, que el afectado que invoca la representación anómala esté en una situación similar a la del resto de las personas alcanzadas por su acción. Tal como lo ha explicitado esta Corte en el precedente "Halabi", quien pretenda promover un proceso colectivo en estos casos debe acreditar que existe una homogeneidad fáctica y normativa en la situación de la pluralidad de sujetos afectados por una determinada conducta imputable al demandado (conf. considerandos 12 y 13, ver también punto II del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016).

Sin embargo, la presentación inicial no explica de qué modo la situación del municipio guarda algún grado de homogeneidad con la del resto de los integrantes del colectivo cuya representación invoca. A los efectos de la legitimación colectiva que esgrime el actor la supuesta afectación que dice padecer parece ostensiblemente diferente a la que sufrirían los usuarios residenciales del Partido de Lanús.

En este sentido no puede obviarse que el marco regulatorio que rige a EDESUR prevé la existencia de diferentes tipos de usuarios del servicio de distribución. Esta distinción impacta, por ejemplo, en lo que se refiere a los modos de contratación, al cobro de tributos, a la tarifa que abonan o al sometimiento a la jurisdicción primaria del ente regulador (conf. artículos 35 inciso a, 40 inciso b, 42 y 72 de la ley 24.065, artículos 40 y 42 del decreto reglamentario 1398/1992). En lo que se refiere concretamente a los municipios, el marco regulatorio dispone que pagan por el alumbrado público una tarifa diferente a la de los usuarios residenciales, perciben de parte de EDESUR el equivalente al 6% de sus ingresos brutos y cuentan con una vía especial de solución de controversias (conf. artículo 34, inciso b, y subanexo 1 - "Régimen Tarifario", del contrato de concesión aprobado por resolución S.E. 170/92; cuadro tarifario vigente según resolución ENRE 24/2019).

No se advierte, por lo tanto, que exista una clase homogénea que agrupe al municipio y a los usuarios residenciales del partido. Esto impide reconocer la legitimación colectiva invocada por el actor aun cuando el municipio pudiera ser considerado un sujeto "afectado" en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

10) Por lo demás, cabe destacar que de las constancias de la causa se advierte que los tribunales inferiores que han intervenido en el pleito se han apartado de las normas y principios aplicables a los procesos colectivos.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En efecto, tal como lo ha recordado recientemente esta Corte en la causa "Matadero Municipal" (Fallos: 342:1747), la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exige que, de manera previa a su inscripción, los tribunales verifiquen si la acción fue promovida como colectiva, dicten la resolución que declare formalmente admisible la acción, identifiquen en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozcan la idoneidad del representante y establezcan el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (Fallos: 339:1077, considerando 40 del voto de la mayoría y del voto del juez Maqueda; 339:1254, considerando 4º; 332:111, considerando 20; acordadas 32/2014 y 12/2016).

Sin embargo, en este pleito los tribunales intervinientes no examinaron el cumplimiento de los recaudos referidos ni dictaron la resolución de certificación exigida en las acordadas de este Tribunal (artículo 3º de la acordada 32/2014 y artículos V y VIII de la acordada 12/2016). Se limitaron a otorgar –sin dar fundamentos para ello– una medida con efectos *erga omnes* dentro del partido de Lanús. Particularmente la cámara dispuso una serie de medidas impropias de un trámite cautelar, como ser la "reparación integral de los daños causados". De ninguno de los pronunciamientos dictados en el expediente surge con claridad la identificación del colectivo

involucrado en el caso ni la individualización de los requisitos tenidos en cuenta para considerar que el actor es representante adecuado de los intereses de los usuarios del Municipio de Lanús. Tampoco el *a quo* estableció un procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todos aquellos que podrían tener un interés en el resultado del litigio o bien que quisieran no ser alcanzados por la sentencia.

11) En síntesis, el carácter de intendente y la afectación del servicio en dependencias municipales invocados por el actor son insuficientes para representar a los habitantes del Partido de Lanús afectados por los cortes de suministro de energía ante los tribunales federales. Ello, sin perjuicio de la nueva situación jurídica que podría suscitarse en casos ulteriores cuando se concrete la transferencia de EDESUR S.A. a la jurisdicción provincial ordenada por el artículo 124 de la ley 27.467.

Del mismo modo, los tribunales de grado han omitido verificar el cumplimiento de los requisitos propios para la admisión formal de toda acción colectiva.

En virtud de lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, y se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se desestima la acción de amparo. Con costas. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito, notifíquese y devuélvase. VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se desestima la acción de amparo. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 26. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

DISI-//-

-// -DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que en un contexto de interrupciones en el servicio público de distribución de energía eléctrica en el Municipio de Lanús, el día 19 de enero de 2016 el señor Intendente inició una acción de amparo contra la Empresa Distribuidora Sur S.A. (en adelante, "EDESUR") y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad ("ENRE") y solicitó, consecuentemente, el dictado de una medida cautelar a fin de garantizar la continuidad del servicio.

Invocó, en esa oportunidad, su cargo de intendente tanto para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos de todos los usuarios impactados por los cortes en el distrito que administra (fs. 87), como su carácter de *"usuario del servicio referido, al encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a mi cargo y en la vía pública del Municipio"* (fs. 88).

2°) Que con fecha 8 de marzo de 2016 la Cámara Federal de La Plata confirmó la medida cautelar decretada en primera instancia e impuso a EDESUR tres obligaciones: i) restablecer inmediatamente el servicio eléctrico en el municipio y mantenerlo en forma ininterrumpida; ii) devolver a los usuarios, ante eventuales cortes, los importes correspondientes a las tarifas abonadas, más la reparación integral de los daños



Corte Suprema de Justicia de la Nación

causados, obligación cuyo cumplimiento debían perseguir individualmente cada uno de ellos por las vías correspondientes; iii) acordar un protocolo de actuación en caso de reiteración de los cortes del servicio, que garantice de parte de la demandada la provisión de agua potable, si fuere necesaria, y la utilización de grupos electrógenos alternativos que, de modo eficaz y rápido, satisfaga las necesidades de la población del Partido de Lanús, especialmente de grupos vulnerables, niños, ancianos y enfermos (fs. 332/335).

3°) Que contra esa sentencia EDESUR interpuso, a fs. 336/345, recurso extraordinario, cuya denegación motivó la interposición de la presente queja.

La distribuidora tacha de arbitraria a la decisión adoptada. Sostiene que la medida cautelar fue otorgada en abstracto y sobre una situación inexistente, ya que no se habían acreditado *"los mal llamados 'cortes masivos', los cuales cabe señalar, no se produjeron en la magnitud descripta en la demanda incoada por el Sr. Grindetti"* (fs. 343) y los que existían, según expone, habían sido remediados.

Explica que brinda un servicio público dentro de un marco regulatorio integrado por el Reglamento de Suministro, el Contrato de Concesión y la ley 24.065, normas que prevén la posibilidad de suspender el servicio (fs. 342). Y entiende que la decisión se ha apartado de los agravios planteados en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia,

en la medida en que, al confirmar la sentencia, le impuso la obligación de concertar un protocolo de actuación con el Municipio de Lanús (fs. 344).

4°) Que previo a resolver los agravios planteados en el recurso extraordinario interpuesto, debe analizarse si se encuentran configurados los elementos constitutivos del caso o causa judicial. Este examen liminar puede ser llevado a cabo de oficio por el Tribunal, toda vez que la ausencia o desaparición de un caso extingue la potestad de juzgar y no ha de ser suplida por la conformidad de las partes o el consentimiento de la sentencia (conf. arg. Fallos: 182:276; 209:341; 308:1489; 331:2257; 337:627; 340:1084; entre muchos otros).

Tal verificación, que exige el artículo 116 de la Constitución Nacional, en cuanto llama a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores a intervenir en el conocimiento y decisión de "causas", y el artículo 2° de la ley 27, procura resguardar el equilibrado y efectivo ejercicio de la función jurisdiccional. El control encomendado al Poder Judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un "caso" sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública, sino para asegurar la preservación del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la validez de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno (conf. causa "Unión Cívica Radical", Fallos: 342:1).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Precisamente, en procesos de carácter cautelar como el que se resuelve en esta oportunidad, esta Corte ha puesto de manifiesto que un desajustado análisis de los presupuestos que configuran un "caso" culminaría con deformar las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y el Legislativo exponiéndolo a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (Fallos: 321:1352; 331:1364; 333:1023; 336:2356).

5°) Que en la presente causa se encuentran en juego dos elementos constitutivos del caso judicial: i) la legitimación activa, esto es, la relación que el Intendente del Partido de Lanús tiene con el conjunto de intereses cuya representación invoca, que debe ser analizada en primer término ya que resulta un presupuesto necesario para que exista una controversia (Fallos: 323:4098; 326:2777; 337:627); y ii) la incidencia del tiempo en el proceso y en el contenido de la medida cautelar decretada, toda vez que las sentencias de este Tribunal deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión pues como órgano judicial tiene vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos y no deciden un conflicto actual (conf. Fallos: 330:5070; 333:1474; 335:905, entre otros).

6°) Que al examinar la aptitud del actor para presentarse ante los tribunales, debe aclararse que ningún sujeto se encuentra genéricamente habilitado para intervenir en cualquier causa más allá de su objeto, sino que tendrá o no

legitimación activa según su relación con la pretensión que se introduce, es decir, con el interés que se denuncia como afectado y para el cual se requiere protección judicial.

En este caso, bajo las diversas clases de legitimación que invoca el Intendente, subyacen tres tipos de relaciones diferentes: con la *ciudad*, con el *municipio*, y con la *municipalidad*; términos que no designan fenómenos idénticos, y cuyo adecuado esclarecimiento permite definir la proximidad entre el accionante y la relación jurídica sustancial propia de la legitimación procesal.

La *ciudad*, en tanto “conjunto de edificios y calles, regidos por un ayuntamiento y cuya población densa y numerosa se dedica por lo común a actividades no agrícolas” (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23^a Ed., Espasa, Madrid, 2014), representa el sustrato social, territorial, económico y político sobre el que se asienta el *municipio*. Este, a su vez, puede ser concebido como el ente que surge por el reconocimiento legal atributivo de caracteres jurídicos -como el *status*, las competencias y los límites- a la *ciudad*. Finalmente, la *municipalidad* refiere a la expresión institucional, revestida de potestad estatal, de la organización de los servicios e intereses que se administran y gobiernan en el municipio.

En concreto, para que exista la *Municipalidad* de Lanús, es necesaria la presencia del *Municipio* de Lanús (organizado y denominado por el régimen provincial bonaerense



Corte Suprema de Justicia de la Nación

como "Partido", cfr. artículo 190 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), que a su vez se asienta sobre una realidad territorial y poblacional específica.

Dentro del marco conceptual descripto, el intendente invoca en este caso dos relaciones jurídicas específicas para sustentar su legitimación: con el *Municipio (Partido) de Lanús* y con la *Municipalidad* homónima.

7°) Que, en primer lugar, el actor procura la protección de los derechos de los usuarios del servicio de distribución de energía eléctrica del Partido de Lanús. Con ese objeto, encuadra su legitimación activa en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la interpretación de esa cláusula que esta Corte efectuó en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111).

Tres órdenes de fundamentos impiden receptor esa legitimación colectiva:

i) como principio general, los actos y omisiones del gobierno federal son cuestionables ante tribunales de este mismo carácter y de conformidad con la Constitución Nacional y las reglas que dicte el Congreso de la Nación, en cuanto rigen lo atinente a procedimientos, capacidad de estar en juicio y al modo de configurarse las controversias.

ii) desde allí, el texto del artículo 43 de la Constitución Nacional, al consagrar una ampliación de la legitimación para la defensa de derechos de incidencia colectiva, habilita expresa y

singularmente a actuar en procesos judiciales al afectado, al Defensor del Pueblo de la Nación, y a las asociaciones que propenden a los fines allí indicados. Los municipios no se encuentran abarcados por la letra de esa norma y, en este caso, no se ha invocado una ley federal que otorgue tal facultad.

iii) las disposiciones provinciales y/o municipales que otorgan legitimación procesal a sus órganos, funcionarios e instituciones, no pueden ser interpretadas como una ampliación de la cláusula constitucional referida.

Lo dicho implica, entonces, que el carácter de intendente, por sí mismo, resulta insuficiente para representar derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos de los ciudadanos del Partido de Lanús ante los tribunales federales. Los poderes que los ordenamientos provinciales y municipales le confieren no alteran el texto del artículo 43 de la Constitución Nacional que, en su letra, ha individualizado a los sujetos habilitados para accionar en defensa de esos derechos. Este razonamiento resulta coherente con la decisión adoptada por el Tribunal ante la intervención de otros funcionarios de carácter provincial en representación de los derechos de incidencia colectiva de individuos sujetos a su jurisdicción (Fallos: 325:2143; 329:4542; 340:745; 341:1727).

8°) Que a distinta conclusión se arriba en relación a la representación que el citado funcionario ejerce de la "Municipalidad" de Lanús, entendida como el conjunto de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

instalaciones, recursos materiales y dotación de personal encaminados al cumplimiento de cometidos primarios específicos dentro del ejido territorial asignado.

En esta segunda alternativa, no se trata ya de la salvaguarda de intereses individuales ajenos, sino que el Intendente, titular del departamento ejecutivo municipal, invoca su calidad de "afectado". En efecto, conforme a los términos de la acción entablada, ha solicitado una medida cautelar con la finalidad de prevenir una afectación concreta a "las dependencias" que tiene a su cargo, las cuales habrían sido alcanzadas por las interrupciones al suministro de energía eléctrica.

La Municipalidad de Lanús, como institución autónoma con reconocimiento constitucional en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, se ha organizado con un órgano ejecutivo al cual se le atribuyó la competencia de "*hacerse representar ante los tribunales como demandante o demandado, en defensa de los derechos o acciones que le corresponden a la Municipalidad*" (cfr. Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, decreto-ley 6769/58, artículo 108, inc. 12).

Esa atribución no puede quedar limitada a la habilitación para presentarse ante los tribunales provinciales, como sucede con la analizada en el considerando anterior. Ello implicaría vedar al Municipio la posibilidad de hacer valer sus intereses, por medio del Intendente, ante conflictos con el

Gobierno Federal -o entidades que actúen en su nombre en la órbita federal-, que son dirimidas ante tribunales del mismo carácter. Precisamente, esto es lo que sucedía en este caso al momento de los hechos, sin perjuicio de las modificaciones legislativas que entraron en vigencia con posterioridad (artículo 124 de la ley 27.467), ya que la controversia se entabló entre el Partido de Lanús, por un lado, y el ENRE y EDESUR, por el otro.

9°) Que despejada la legitimación de la actora corresponde analizar el impacto que el transcurso del tiempo ha generado sobre el caso bajo análisis.

Encontrándose radicada la medida cautelar ante esta Corte, los siguientes acontecimientos que surgen de las actuaciones principales dan cuenta de una modificación sustancial de los hechos que sustentaron la pretensión cautelar: i) a fs. 464/466 el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE) -al contestar el informe del artículo 8° de la ley 16.986- acompañó copias de la resolución 31/2016 que condenó a la empresa a abonar un resarcimiento por los cortes de suministro acaecidos entre el 12 y el 18 de febrero de 2016 (involucrando a los afectados del distrito en cuestión); ii) a fs. 499/500 consta el memorándum DIT 89/2016 elaborado por la División de Inspección Técnica del ENRE, que da cuenta de una disminución progresiva de los afectados por las interrupciones de suministro desde el 1/12/15 hasta el 10/07/16; y iii) a fs. 637 el ENRE ha denunciado específicamente, como hecho nuevo, el dictado de la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

resolución 506/2016 por medio de la cual se intimó a EDESUR a tomar las medidas necesarias para que, en un plazo perentorio de noventa días, realice la reparación de todos los cables de baja y media tensión y asegure un tiempo de reposición de suministro acorde con los valores medios históricos de alimentadores fuera de servicio. Cabe señalar que este último planteo no pudo ser resuelto debido a la elevación de las actuaciones principales a este Tribunal para la resolución del presente recurso (cfr. fs. 678).

Por otro lado, el ENRE ha continuado ejerciendo su competencia regulatoria y de control sobre la concesionaria con relación al Municipio de Lanús (v.gr.: resolución 62/2017, por la cual se aprobó un convenio entre la Municipalidad y la distribuidora a fin de unificar la percepción de la tasa por alumbrado, barrido y limpieza; o resolución 529/2017, por la cual se aplicó a EDESUR una multa por irregularidades en el servicio en ese partido).

De manera que las circunstancias valoradas por la Cámara Federal para confirmar la medida cautelar decretada en primera instancia se han modificado notoriamente, y se encuentra pendiente de resolución un hecho nuevo planteado, que podría tener incidencia en la procedencia de los agravios esgrimidos por la recurrente.

Por lo demás, con relación al apartamiento del marco regulatorio alegado en el recurso interpuesto, la resolución

cuestionada debe ser interpretada en línea con la decisión de primera instancia que confirma, en tanto ordenó el restablecimiento del servicio eléctrico "conforme a las normas de calidad y eficiencia previstas en el Contrato de Concesión de Distribución de Energía Eléctrica" (cfr. fs. 105). Ello, a más de cuatro años del pronunciamiento impugnado, pone de manifiesto que el recurso extraordinario se encuentra huérfano de un gravamen actual y concreto que habilite al Tribunal a expedirse en la medida cautelar. Máxime si se tiene en cuenta que en las actuaciones principales tomó intervención el ente regulador, haciendo valer sus competencias específicas.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, se deja parcialmente sin efecto la decisión apelada en cuanto a la legitimación activa, y se declara inoficioso expedirse actualmente con relación al resto de las cuestiones planteadas. Reintégrese el depósito a la recurrente. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso de queja interpuesto por **EDESUR S.A.**, codemandada en autos, representada por la **Dra. Romina Vanesa Pandiani**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de La Plata - Sala II**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo n° 3 de Lomas de Zamora**.

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 332/335 del expediente principal (a cuya foliatura me remitiré en adelante), la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala II), en una demanda promovida por el Intendente Municipal de Lanús, confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que hizo lugar a la medida cautelar planteada por aquél en representación de los usuarios de energía eléctrica del municipio y por su propio derecho, ordenando a Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR S.A.) al inmediato restablecimiento del servicio eléctrico en el ámbito de dicha Municipalidad y a mantenerlo en forma ininterrumpida, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias y de efectuar la correspondiente denuncia penal.

Para así decidir, los magistrados adujeron, como un hecho de conocimiento público, que en todo el país se registran cortes en el suministro de energía eléctrica y que en el caso particular del municipio tales hechos estaban acreditados con la prueba aportada por el actor. Aclararon que el objeto de la medida cautelar solicitada no se refiere a cortes imprevistos o momentáneos para la reparación del servicio, sino a aquellas interrupciones que amenazan derechos esenciales de las personas por su prolongación en el tiempo (art. 42 de la Constitución Nacional).

Expresaron que, tratándose el suministro de energía eléctrica de un servicio público, debe asegurarse al usuario su continuidad, regularidad, igualdad y generalidad, y que la interrupción de aquél afecta a los pobladores del municipio en

sus derechos esenciales, como la vida, la salud, la seguridad y el trabajo.

En tales condiciones, y sin perjuicio de las medidas citadas inicialmente dispusieron, ante eventuales cortes que pudieran producirse, que la empresa distribuidora devolviera los porcentajes de las tarifas correspondientes a los días de corte de servicio -que los usuarios deberían perseguir por las vías correspondientes- y reparar los daños causados.

Además ordenaron que, de modo preventivo y sin renuncia a derecho alguno, las partes acordaran un protocolo de actuación en caso de reiterarse las interrupciones que garantizara, de parte de EDESUR S.A., la provisión de agua potable si fuere necesaria y la utilización de grupos electrógenos alternativos que de modo eficaz y rápido satisficieran las necesidades de la población del municipio, especialmente de grupos vulnerables, niños, ancianos y enfermos.

- II -

Disconforme, EDESUR S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 336/345, el que denegado a fs. 360 da lugar a la presente queja.

Se agravia, en síntesis, porque: (i) el fallo ha devenido abstracto, ya que el suministro eléctrico en el municipio se está brindando debidamente; (ii) la cautelar fue dictada sin existir verosimilitud en el derecho, pues el servicio público se presta respetando el marco regulatorio de energía eléctrica - comprensivo del Reglamento de Suministro (res. SEE 168/92), el contrato de concesión (decretos 714/92 y 1959/06), la ley 24.065 y su decreto reglamentario- el cual prevé la posibilidad de

Procuración General de la Nación

suspensiones de servicio, por tal motivo, garantizar el mantenimiento ininterrumpido de la provisión de energía es un despropósito carente de fundamento; (iii) la sentencia soslaya que el sector energético está atravesando una situación crítica, tal como da cuenta el decreto 134/15; (iv) no se ha acreditado el recaudo de peligro en la demora, toda vez que no se ha demostrado certeramente el registro de los cortes masivos del servicio sino que, antes bien, este último se presta normal, regular e ininterrumpidamente y (v) el fallo es arbitrario por haberse incurrido en incongruencia, al ordenar a las partes acordar un protocolo de actuación; en caso de futuros cortes de energía, que garantizara la provisión de agua potable y la utilización de grupos electrógenos, pues tales planteos no conformaron las cuestiones a decidir, excediéndose la jurisdicción apelada.

- III -

A mi modo de ver, corresponde determinar si el Intendente de la Municipalidad de Lanús demandante está legitimado para promover la acción de amparo y solicitar en ese ámbito la medida cautelar que aquí se recurre, pues tal extremo constituye un presupuesto necesario para que exista una "causa" en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional que deba ser resuelta por la Corte (Fallos: 323:4098), toda vez que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2° de la ley 27).

Cabe recordar que la existencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio, en la medida en que

su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (Fallos: 330:5111).

En ese orden de ideas, la admisibilidad del recurso extraordinario planteado contra la medida cautelar se encuentra liminarmente subordinada a la concurrencia de dichos requisitos al iniciarse la acción principal -el amparo-, recordando que la necesidad de existencia de un "caso" o "causa" o "controversia", presupone a su vez la de "parte" o legitimado en el proceso, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada (confr. doctrina de Fallos: 326:3007), recaudos que se siguen manteniendo aun con la reforma constitucional de 1994 (v. art. 116 de la Constitución Nacional) (Fallos: 327:1890).

Bajo esas circunstancias, de la ampliación de los sujetos legitimados según la modificación del texto constitucional (art. 43, segundo párrafo), no se sigue una automática aptitud para demandar sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción.

La pauta a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar en cada caso la existencia de legitimación procesal -entendida como la aptitud para ser parte de un determinado proceso- está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

El ordenamiento jurídico, sin embargo, contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación

Procuración General de la Nación

jurídica sustancial en el que aquél se controvierte. En estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial (Fallos: 330:2800 y sus citas).

Con respecto a la naturaleza jurídica del derecho que se pretende amparar, el Intendente de la Municipalidad de Lanús precisó que persigue el inmediato restablecimiento del servicio eléctrico de conformidad con las normas de calidad y que se garantice a los usuarios de dicho distrito la provisión, suministro y mantenimiento del servicio público de electricidad en forma eficiente, regular y continua. Asimismo, entre otras cuestiones, solicitó que el Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE) confeccionara informes semanales respecto del cumplimiento del suministro de energía eléctrica por parte de EDESUR S.A. en tal ámbito y protocolos de actuación para que la empresa respondiera ágil y eficientemente a las emergencias.

Expresó que su reclamo está sustentado en una acción colectiva o de clase que persigue defender los intereses individuales homogéneos de todos los usuarios involucrados en el municipio y que se encuentra facultado para interponer la acción a tenor de lo dispuesto en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, en la Ley Nacional de Defensa del Consumidor (24.240), el Código Provincial de Implementación de Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires), las leyes de amparo provincial y nacional y en los pactos internacionales sobre derechos humanos.

A su vez adunó, a su "calidad de autoridad institucional como Intendente Municipal", la legitimación por "derecho propio como usuario del servicio referido, al encontrarse afectado el

servicio de energía eléctrica en las dependencias a (su) cargo y en la vía pública del Municipio" (v. fs. 86/102).

En cuanto a los invocados intereses de los habitantes del municipio que el actor dice defender, debe señalarse que ello no autoriza la intervención de las autoridades locales en los términos del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, pues no resultan legitimadas activas de acuerdo con el texto constitucional anteriormente citado que sólo menciona al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propenden a los fines indicados en la norma (v. doctrina de Fallos: 325:2143), sin que pueda considerarse que las provincias, sus gobiernos -o los municipios, como en este caso- constituyan una organización no gubernamental o una asociación intermedia de esa naturaleza (conf. Convención Nacional Constituyente "Diario de Sesiones", 29ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria -continuación-, 11/8/1994, págs. 4048 y 4058).

Así pues, resulta aplicable al *sub lite* la doctrina que surge del precedente de Fallos: 325:2143, oportunidad en que la Corte recordó la necesidad de que, como principio, la parte litigue en defensa de un interés propio y directo, el que no aparece cuando la intervención provincial -en este caso municipal- no tiende al resguardo de sus intereses sino al de terceros (considerando 3º).

En tales condiciones, el municipio carece de legitimación para actuar en autos, en tanto dice proteger los intereses de sus ciudadanos.

En ese marco, tampoco los argumentos que esgrime el intendente cuando aduce que acciona por derecho propio al "encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las

Procuración General de la Nación

dependencias a (su) cargo y en la vía pública del Municipio" alcanzan para legitimarlo activamente, pues en su presentación inicial, antes que alegar y demostrar los perjuicios concretos que las interrupciones del servicio acarrearían al establecimiento municipal, pretende proteger una supuesta afectación de los intereses de los ciudadanos, circunstancia que descarta la posibilidad de que se trate de un interés directo del actor que la transforme en parte sustancial.

Por lo demás, cabe señalar que parte del debate (como el pedido para que el ENRE confeccione informes semanales sobre el cumplimiento del suministro de energía eléctrica por parte de EDESUR, entre otras cuestiones) gira en torno a un eventual incumplimiento del contrato de concesión y del marco regulatorio de energía eléctrica suscripto y dictado por autoridades nacionales sobre una cuestión de orden federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los bienes locales (conf. arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la cual la autoridad nacional cuenta con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el que, a su vez, la accionada (EDESUR S.A.) pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos (conf. doctrina de Fallos: 337:1024).

En ese sentido, cabe destacar que el intendente no puede pretender el control y gestión de asuntos referidos a los servicios públicos de carácter federal sin invadir esferas de competencia institucional propias de los órganos integrantes del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cuales son el ENRE y la Secretaría de Energía de la Nación.

Debo destacar que lo expuesto no importa un pronunciamiento contrario a los derechos de los usuarios que se encuentren afectados, sino sobre la ausencia de legitimación del aquí actor para entablar en el modo que lo hizo la acción instaurada en el *sub lite*.

De acuerdo a lo así dictaminado, entiendo que ha devenido inoficioso examinar los restantes agravios esgrimidos por EDESUR S.A.

- IV -

Por ello, opino que corresponde revocar la sentencia apelada y desestimar la acción de amparo planteada.

Buenos Aires, 21 de junio de 2017.

ES COPIA

LAURA M. MONTI



ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

En Buenos Aires, a los 8 días del mes de julio de 2021, reunida en acuerdo la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para dictar sentencia en los autos “L. H. V. c/ EN s/ empleo público”,

El juez Rodolfo Eduardo Facio dijo:

I. La señora H.V.L.¹ promovió demanda contra el Poder Ejecutivo Nacional con un triple objeto:

i. Se declare la nulidad del decreto 999/2016, por medio del cual se revocó su designación —entre diversas designaciones relativas a otras personas— en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación dispuesta por el decreto 2507/2014.

ii. Se ordene la **“reincorporación a la planta permanente de la Administración pública nacional —Procuración del Tesoro de la Nación—, de conformidad con la situación de revista, nivel y grado de la carrera administrativa que había alcanzado al momento del dictado del acto administrativo impugnado”**.

iii. Se disponga el pago de una indemnización de **“los daños y perjuicios generados como consecuencia del acto que aquí se impugna; daños que se estiman en una suma nunca inferior a la diferencia existente entre los salarios actualmente percibidos y los que me corresponderían de mantenerse mi designación en la planta permanente con el nivel y grado alcanzados”**.

¹ La identidad queda resguardada en los términos de los artículos 3º, inciso ‘k’, y 16, inciso ‘h’, de la ley 26.485, y del artículo 64, apartado “b”, del Reglamento para la Justicia Nacional.



II. El pronunciamiento de primera instancia hizo lugar a la demanda, declaró la nulidad del decreto 999/2016, ordenó la reincorporación de la actora en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación (con Nivel A –Grado 0– Agrupamiento General SINEP), dispuso el pago de ciertas diferencias salariales, aplicó sobre las sumas reconocidas el interés de la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina e impuso las costas a la parte demandada.

Para decidir de ese modo sostuvo:

i. La actora se desempeñó, en el “Nivel A —Grado 0— Agrupamiento Funcional General SINEP”, como directora general de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto desde el 12 de diciembre de 2011 hasta el 30 de julio de 2014.

ii. El 1 de diciembre de 2014 fue contratada por el Ente Cooperador Cámara del Comercio Automotor y el 18 de diciembre de ese año fue designada en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación por medio del decreto 2507/2014.

iii. El 11 de mayo de 2016 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fue notificado del embarazo de la actora.

iv. La Corte Suprema de Justicia de la Nación “ha sido enfática en punto a que el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de ‘restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad’ [...] No existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo”.

v. La anulación de una designación en planta permanente no exime a la administración “de respetar estrictamente los recaudos establecidos legalmente, ni justifica decisiones arbitrarias, irrazonables o discriminatorias”.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

vi. Toda autoridad en ejercicio de competencias administrativas debe “dar adecuado fundamento de sus determinaciones. La obligación de motivar el acto jurídico público y, en particular, todo acto administrativo, como modo de reconstrucción del *iter* lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, constituye una derivación del principio republicano de gobierno”.

vii. “La expresión de los motivos que condujeron al señor Presidente al dictado del decreto 999/16, omite toda consideración en punto a que la señora [L.] se encontraba cursando licencia por maternidad en virtud de un embarazo diagnosticado por el médico tratante como de ‘alto riesgo’”.

viii. La situación de la actora debió ser contemplada desde la perspectiva del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional “en cuanto ordena promover medidas de acción positiva a fin de proteger de manera integral a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia; así como también, a la adopción de medidas para impedir la discriminación por razones de maternidad” (artículo 11.2 de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

ix. “En un caso que guarda cierta analogía con el presente, la Corte Suprema [...] descalificó por arbitraria la sentencia que convalidó la legitimidad de una cesantía de una empleada pública en la que la autoridad administrativa había omitido considerar una situación fáctica amparada por los derechos reconocidos en la mentada Convención; así como el derecho a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos (art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;



3, 7 y 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Comité DESC, Observación General nro. 016, párrafo 24, *in fine*)”².

x. “El acto impugnado [...] prescindió de evaluar lo establecido en el art. 134 inc e) del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional homologado por el decreto 214/2006, interpretándolo conforme los tratados internacionales que impedían que la Administración dispusiera su cese durante la gestación y obligaba a darle tal protección”.

xi. El “embarazo de la actora imponía a la Administración el deber de motivar singularmente la revocación de su designación en planta permanente como modo de revertir la presunción de trato desigual arbitrario”. Cuando el “acto es infundado, desvirtúa u omite motivos determinantes, o resulta contrario a la ley, procede entonces el control anulatorio de la actuación administrativa”.

xii. Con “la revocación ilegítima de la designación en planta permanente [...] se genera la imposibilidad de percibir los emolumentos propios de la función irregularmente interrumpida”. Por ello, “en la especie, resulta ajustado a lo dispuesto por el art. 165 C.P.C.C.N. reconocer el monto de la reparación solicitado; consistente en la diferencia que media entre los sueldos que correspondían a la accionante por su designación en planta permanente (con Nivel A – Grado 0 – Agrupamiento General SINEP) y las que percibió como consecuencia del contrato suscripto con el Ente Cooperador Cámara de Comercio Automotor”.

III. El Estado Nacional apeló ese pronunciamiento y expresó agravios que fueron replicados.

² Puede verificarse que se trata del precedente “Gallo, María Liliana c/ Provincia de Buenos Aires –Ministerio de Salud s/ demanda contenciosa administrativa”, del 23 de febrero de 2016.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

Los agravios pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

i. Al considerar la potestad anulatoria de la administración el pronunciamiento soslayó que “conforme a la jurisprudencia del Fuero, toda actuación estatal se presume legítima salvo que se demuestre lo contrario [...] todo acto administrativo se presume ajustado a derecho [...] ante un acto que no esté afectado de un vicio grave y manifiesto, es necesario para quien sostiene su nulidad, alegarla y —sobre todo— probarla”.

ii. Según “el artículo 18 de la LNPA N° 19.549, el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos no puede ser revocado en sede administrativa, salvo que el interesado hubiere conocido el vicio, circunstancias de la que no puede dudarse en un agente que alcanzó dos veces la máxima categoría en la Administración Pública (Letra A)”.

iii. El juez “no tomó en consideración que al dictar el Decreto N° 2507/14 se violó el reglamento general para la designación de agentes estatales de la Administración central, plasmado en el Decreto N° 993/91”.

iv. “Si bien es cierto que un acto admin[i]strativo, por el principio del paralelismo de las formas puede ser dejado sin efecto, no lo es menos que cuando ese acto establece un reglamento general, no es posible una derogación singular, como existió en el caso de los agentes nombrados por el Decreto N° 2507/14”.

v. “También es cierto que, cuando circunstancias excepcionales lo justifican, ese reglamento puede ser dejado de lado”. En “el caso del Decreto N° 2507/14, tal situación excepcional no se acreditó, tornando nulo el acto de designación,



por falta de motivación y causa. Consecuentemente, el Decreto N° 999/16 que revocó las designaciones se fundó en las normas vigentes en el orden nacional”.

vi. “También prescindió de considerar que el requisito de idoneidad como condición de ingreso a la Administración Pública Nacional y su acreditación mediante los correspondientes regímenes de selección o concurso se encuentran también consagrados en el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el Decreto N° 214/06, el que agrega que deben asegurarse los principios de publicidad, transparencia e igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a la función pública”.

vii. La sentencia apelada es errónea si se repara en que la Corte Suprema, en el precedente “Ramos” (Fallos: 331:311), “sostuvo que *‘si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativ[a] no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la Ley marco de regulación de empleo público nacional, 2[5].164, sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador en forma diferenciada, para financiar gastos correspondiente al personal contratado y personal permanente’*”.

viii. La “actora no quedó desamparada con la revocación de su designación, ya que se estableció que el personal vuelva a la situación de revista anterior, **resguardando de esta manera el empleo y la cobertura de salud de la Sra. [L.]**. Surge de la misma demanda que al suscribir el contrato de trabajo con el Ente Cooperador, la actora continuó con la cobertura de la obra social”.

ix. No se discriminó “a la actora por su situación de gravidez, violando los Tratados Internacionales y normativa interna respecto de la situación de la actora”, ya que “la Administración mediante el Decreto N° 999/16 **no revocó**





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.
UNICAMENTE la designación de la Sra. [L.], por su embarazo (ni muchos menos), sino que lo hizo junto con la de los otros designados, porque el Decreto N° 2507/14, no cumplió con los procedimientos de selección establecidos por la Ley Marco de Regulación de empleo Público”.

x. Es improcedente el pago de “las diferencias de salario entre el de la designación y la que percibió como empleada del Ente Cooperador por el principio de legalidad que goza el Decreto. La administración actuó de buena fe, y conforme a derecho, al dictar el Decreto N° 999/16”.

IV. Es útil poner de relieve, de manera preliminar, las circunstancias más relevantes del caso, que, cabe subrayar, no se encuentran controvertidas:

1. La actora fue designada en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación por el decreto 2507/2014, dictado el 18 de diciembre de 2014 (Boletín Oficial del 24 de diciembre de 2014).

2. El 10 de mayo de 2016 la actora, mediante TCL (23325993) remitido al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, puso en conocimiento de la administración que estaba embarazada: “Notifico mi estado de gravidez (embarazo), la fecha probable de parto es 02 de enero de 2017. Me desempeño en la Dirección Nacional de Dictámenes (PTN)” (fs. 29).

3. El 11 de mayo de 2016 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos recibió el TCL que la actora remitió notificando el embarazo y la fecha probable de parto (fs. 370).

4. El 12 de mayo de 2016 la Dirección de Coordinación Técnica y Administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación recibió el certificado médico emitido por la



Dra. Hilda Ruda Vega (médica obstetra) el 11 de mayo de 2016: “La Sra. [L.H.] está cursando aproximadamente la semana 6 2³ de embarazo [...] Fecha probable de parto: 2.01.17” (fs. 30).

5. El 4 de julio de 2016 la Dirección de Coordinación Técnica y Administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación recibió el certificado médico confeccionado por la Dra. Hilda Ruda Vega el 21 de junio de 2016: “La Sra. [L.H.] DNI: [...], está cursando aproximadamente la semana 12 de parto [...] Fecha probable de parto: 2/01/17” (fs. 31).

6. El 1º de agosto de 2016 la Dra. Hilda Ruda Vega expidió un certificado médico: “La paciente [L, H. V.] cursa embarazo de alto riesgo (trombofilia + retardo en el crecimiento intrauterino) por lo que debe permanecer en reposo absoluto por el término de 30 días, con controles periódicos” (fs. 284). Dicho certificado fue recibido el 3 de agosto de 2016, con firma del Dr. José C. Otero (médico) (284 vta.).

7. El 3 de agosto de 2016 la Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos elaboró una “constancia de justificación de ausencia”, firmada por el Dr. José C. Otero: “Fecha de atención: 03/05/16. Hora Visita: 16.00. Repartición: Procuración del Tesoro. Apellido y nombres: [L.H.] Diagnóstico: trombofilia. Desde: 01/08/16. Hasta: 31/08/16. Citado: 01/09/16” (original a fs. 285).

8. El 31 de agosto de 2016 la Dra. Hilda Ruda Vega emitió un certificado en el que consta que “La paciente [L.,H.] cursa embarazo de alto riesgo (retardo en el crecimiento) por lo que debe continuar en reposo absoluto por 30 días, con controles periódicos”, que fue recibido, en esa fecha, con firma del Dr. José C. Otero (fs. 287 y vta.).

9. Ese mismo día la Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos

³ Léase: semana 6, día 2.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.
Humanos expidió una “constancia de justificación de ausencia”, firmada por el Dr. José C. Otero: “Hora Visita: 15.00. Repartición: Procuración del Tesoro. Apellido y nombres: [L.H.V.] Desde 31/08/16. Hasta 02/10/16. Citado: 03/10/16. Diagnóstico: embarazo de alto riesgo” (fs. 288).

10. El 7 de septiembre de 2016 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 999/2016 (Boletín Oficial del 8 de septiembre de 2016) mediante el cual revocó el decreto 2507/2014 y, como consecuencia, la designación de la actora, entre otras personas.

11. El 19 de septiembre de 2016 la actora fue notificada del decreto 999/2016 (ver constancia del Correo Argentino a fs. 374/384).

12. El 20 de septiembre de 2016 la actora suscribió un “contrato de trabajo” con el Ente Cooperador Cámara del Comercio Automotor, cuya cláusula primera expresó que “se desarrollará bajo la exclusiva autoridad de [la] Procuración del Tesoro de la Nación” (fs. 39/40).

13. El 3 de octubre de 2016 la Dra. Gimena Rasgido (médica) confeccionó una “constancia de visita médica”: “Hora: 19:25. Nombre: [L.H.V.] Retoma tareas el: 3/11/16. En condiciones de trabajar: No. En condiciones de deambular: Si” (fs. 34).

14. El 3 de noviembre de 2016 el Dr. Ignacio Durigan (médico) emitió una “constancia de visita médica”: “Nombre: [L.H.] Nuevo control el: 18/11/16” (fs. 35).

15. El 11 de noviembre de 2016 la Dra. Agustina Sobrado (médica) confeccionó una “constancia de visita médica”: “Hora: 19:05. Nombre: [L.H.V.] Nuevo control el: 25/11/16. En



condiciones de trabajar: No. En condiciones de deambular: Si” (fs. 36).

16. El 3 de octubre de 2018 la Cámara del Comercio Automotor, al contestar el oficio ordenado por el juez de primera instancia, a requerimiento de la actora, señaló: “El contrato que en copia se acompañó es auténtico, fue firmado en septiembre de 2016, fue dada de alta en AFIP el 16/09/2016, aunque la empleada no llegó a prestar servicios por encontrarse de licencia médica” (fs. 109).

17. La historia clínica de la actora muestra los siguientes datos: “Diagnóstico de Ausentismo por Enfermedad. Apellido y Nombres: [L.H.V.] Historia Clínica N° 7794 [...] Fecha: 03/08/16. Diagnóstico: Trombofilia del embarazo. Desde: 01/08/16. Hasta: 01/09/16. Días justific: 30. Profesional, Firma y Sello: Dr. José C. Otero, médico [...] Fecha: 31/08/16. Diagnóstico: EMBARAZO DE ALTO RIESGO. Desde: 31/08/16. Hasta: 2/10/16. Días justific: 32. Profesional, Firma y Sello: Dr. José C. Otero, médico [...] Lic. x maternidad desde 03/12/16” (fs. 271).

18. En una “Hoja de Consultorio Externo” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Coordinación Médica, correspondiente a la historia clínica de la actora puede leerse: “Apellido y nombres: [L.H.V.] 03.08.16, Trombofilia del embarazo”, con firma del Dr. José C. Otero; “31.08.16, Embarazo de alto riesgo, 22 s, reposo”, con firma del Dr. José C. Otero (fs. 289).

V. Una vez anotadas esas circunstancias, debe examinarse los agravios que ofrece el Estado Nacional.

VI. Está claro que la discusión central de la controversia consiste en determinar si la potestad revocatoria fue ejercida por el Poder Ejecutivo Nacional de una manera legítima, como dice, o de una manera ilegítima, como sostiene la actora.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

VII. Conceptualmente, como explica la doctrina con claridad, “[L]a Administración Pública, en el ejercicio de funciones que le son propias, puede efectuar de oficio la extinción de sus actos, ya sea en virtud de la ilegitimidad de éstos, es decir, a causa de su relación de contradicción con el orden jurídico, o bien por existir razones de mérito, conveniencia u oportunidad que así lo hagan aconsejable. En ambos casos la autoridad administrativa provee a la satisfacción directa e inmediata del interés público. En el primero, restableciendo *per se* la juridicidad vulnerada con el acto extinguido; en el segundo, acomodando su accionar a las nuevas circunstancias de hecho existentes, distintas de las apreciadas originariamente; a la nueva valoración de estas últimas o, en fin, a las actuales exigencias del mutable interés público” (Comadira, Julio Rodolfo, “Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada”, La Ley, 2007, páginas 333-334).

VIII. El Estado Nacional alega que por medio del decreto 999/2016 ejerció esa potestad en razón de la ilegitimidad que atribuye al decreto 2507/2014 con apoyo en los diversos argumentos que fueron reseñados (punto **III** de este voto).

Concretamente, pues, la administración invoca haber ejercido la potestad revocatoria por razones de ilegitimidad.

IX. En este contexto adquieren relevancia los artículos 17 y 18 de la ley nacional de procedimientos administrativos 19.549, cuyos contenidos, aunque son bien conocidos, es útil recordar:



—“El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuviere en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aun pendientes mediante declaración judicial de nulidad” (artículo 17).

—“El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados” (artículo 18).

X. La Corte Suprema, en una larga línea de precedentes, ha establecido una esclarecedora interpretación sobre la potestad revocatoria de la administración:

i. Una interpretación armónica de esos dos preceptos “conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.
uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave” (Fallos: 321:169; 326:3700). En un sentido análogo se pronunció esta sala (causas “*Ferroexpreso Pampeano S.A.C. c/ E.N. – A.F.I.P. D.G.I. – resol. 118/05 (GC) s/ proceso de conocimiento*” y “*Naveira Carlos Alberto y otro c/ E.N. – Mº Defensa– resol 977/12 y otros s/ proceso de conocimiento*”, sentencias del 21 de octubre de 2014 y del 25 de febrero de 2016).

ii. “[E]l artículo 17 de la ley 19.549 establece expresamente la obligación de la Administración Pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara ‘firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo’, supuesto en el cual ‘sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad’ (Fallos: 314:322)” [Fallos: 341:1679].

iii. “[S]upuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que concurra la excepción señalada en el párrafo anterior. Esa potestad administrativa —[...] de ejercicio inexcusable cuando es procedente— encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de Fallos: 250:491, considerando 6º y sus citas; 302:545; 304:898; 314:322)” [ídem].



iv. “[C]omo surge expresamente del texto [del artículo 17 de la ley 19.549], la limitación impuesta a la potestad revocatoria de la Administración es una excepción establecida en protección de los ‘derechos subjetivos’ generados por el propio acto irregular cuya extinción lleva a cabo la autoridad administrativa” [ídem].

v. “[E]l facultado para solicitar la declaración de nulidad de un acto revocatorio de un beneficio es, exclusivamente, el destinatario del acto revocado que, por lo mismo, sería el sujeto legitimado para ser demandado en una eventual acción de lesividad de la Administración para obtener la declaración de nulidad del acto irregular, en tanto son sus ‘derechos subjetivos’ los que protege la norma en examen al limitar la facultad extintiva de la Administración. Por idéntica razón [...] es también el titular de esos mismos derechos —que la norma reseñada protege— el que, al haber conocido el vicio que afectaba al acto irregular, hace renacer la facultad extintiva de la autoridad administrativa (Fallos: 321:169), limitada, como se ha dicho, exclusivamente en salvaguarda de sus derechos” [ídem].

XI. El Máximo Tribunal también apuntó, de un lado, que “[...] la limitación impuesta por el artículo 17 *in fine* de la ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente (Fallos: 304:898; 305:2170)” [Fallos: 314:322; y causa “*Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN -PJN y otro s/ amparo ley 16.986*”, pronunciamiento del 3 de noviembre de 2020, voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco].





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

Y enfatizó, de otro lado, que el artículo 17 de la ley 19.549 consagra un principio que establece que “si el acto administrativo afectado de lo que la ley denomina ‘nulidad absoluta’, hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad”, y que este es “un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad” (Fallos: 310:1045, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación).

XII. La potestad revocatoria de la administración sobre sus actos, lógicamente, debe ser ponderada junto con los derechos individuales.

XIII. De conformidad con esa premisa, el examen de los argumentos que expone el Estado Nacional para lograr la reversión de la sentencia apelada requiere, preliminarmente, recordar algunas consideraciones que esta sala expuso —por mayoría— en la causa “R.W., N.V. c/ EN -M^o Defensa -Armada s/ empleo público” (pronunciamiento del 22 de septiembre de 2020):

1. “Los procedimientos que se realizan ante la administración, y especialmente los trámites que involucran derechos de tanta significación como el que está en juego en esta causa, no pueden quedar reducidos a una pura formalidad”.

2. “[L]a declaración de voluntad que se expresa en el acto administrativo se forma en un procedimiento que refleja un conjunto de formalidades arbitradas en garantía de los



particulares, cuya finalidad es la de conseguir el acierto en las decisiones administrativas', por lo que el procedimiento administrativo posee una evidente significación axiológica constitucional (causa *'Karpeliowski Laureano Eric c/ Resolución 113/09- CNRT (Expte s01:1008913/09)'*, pronunciamiento del 8 de mayo de 2014)".

3. "[L]a garantía constitucional de la defensa en juicio es aplicable en el procedimiento administrativo, que se traduce en la garantía del debido proceso".

4. "La Corte Suprema ratificó, acentuadamente, que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos".

5. "En términos supraleales, el Alto Tribunal asignó al derecho a la tutela administrativa efectiva (y a la tutela judicial efectiva) un fundamento constitucional, en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y un fundamento convencional, en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inciso 3°, apartados a y b, y 14, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 327:4185)".

6. "Los principios del derecho administrativo integran el ordenamiento jurídico argentino como conceptos generales de la legislación específica sobre la materia (Fallos: 253:101)".

7. "[E]n el procedimiento administrativo predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio, la buena fe, la lealtad y la probidad (Fallos: 308:633)".

8. "La búsqueda de la verdad jurídica objetiva es el norte de todo procedimiento administrativo (esta sala, causa *'Krai SA c/ AFIP DGI - resols 29 a 39/02 s/ Direccion General Impositiva'*, pronunciamiento del 1° de febrero de 2012); la administración y





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.
los particulares coadyuvan mutuamente con la finalidad de llegar a la verdad jurídica objetiva (esta sala, causa *Marchese, Claudia Marcela c/ M^o J y DDHH -art. 3 ley 24.043 -resol. 1.159/06 (ex. 455.786/98)*’, pronunciamiento del 5 de agosto de 2014)”.

9. “Los particulares ostentan la condición de colaboradores de la administración en la elaboración de las decisiones administrativas, aun cuando defienden sus derechos subjetivos, y en la realización de un fin público (Fallos: 308:633; 325:1787), pero no son litigantes en sede administrativa”.

10. “Buena parte de esas reglas cardinales, como se sabe, fueron receptadas en el artículo 1, incisos ‘a’, ‘b’, ‘c’ y ‘f’, de la ley 19.549: el impulso y la instrucción de oficio, la celeridad, la economía, la sencillez, la eficacia y el informalismo, y el debido proceso adjetivo, conformado por el derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir pruebas y el derecho a una decisión fundada (Fallos: 324:2742)”.

XIV. Los argumentos que propone el Estado Nacional no tienen aptitud para revertir la sentencia apelada.

XV. Si el Poder Ejecutivo Nacional consideró —como lo hizo en sede administrativa y durante todo este juicio— que el decreto 2507/2014 es ilegítimo y, sobre ese punto de partida, decidió ejercer su potestad de revocación —al dictar el decreto 999/2016—, debió tener en cuenta, necesariamente, con arreglo al artículo 17 de la ley 19.549, que dicho decreto generó derechos subjetivos “en vías de cumplimiento” en favor de la actora.

El Estado Nacional, sin embargo, expresó, en términos generales, que “el conocimiento del vicio por los destinatarios de la medida resulta innegable en razón de la claridad de las normas

que rigen de manera específica a las relaciones jurídicas en análisis y, en ciertos casos, además, por la especialidad de las personas involucradas en el Decreto N° 2507/14” (ver considerandos del decreto 999/2016), y, en términos particulares, que la actora ha “conocido el vicio” ya que el conocimiento “no puede dudarse en un agente que alcanzó dos veces la máxima categoría en la Administración Pública (Letra A)” (ver expresión de agravios).

XVI. La actora, beneficiaria —entre otras personas— del decreto 2507/2014, a su vez, puso en entredicho el invocado conocimiento del “vicio” que lo afectaría como acto administrativo y, paralelamente, objetó, de un modo categórico, ese “vicio” alegado por el Poder Ejecutivo Nacional —falta de observancia “de los procedimientos de selección correspondientes”— como causal justificante de la revocación ejercida por razones de ilegitimidad, circunstancias, ambas, relevantes (Fallos: 341:1679).

XVII. No puede soslayarse, empero, que la actora sólo pudo ofrecer esas defensas en este juicio ya que el Estado Nacional no le dio la posibilidad de hacerlo en sede administrativa.

XVIII. La Corte Suprema, en un precedente de visible relevancia para esta causa, expresó que “si bien es cierto que frente a un caso de nulidad absoluta el organismo previsional cuenta con atribuciones para suspender, revocar o modificar las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios —art. 48, ley 18.037 y 15 de la ley 24.241— ello es a condición de que dicha nulidad resulte de hechos o actos ‘fehacientemente probados’ y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.
defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 1°, inc. f,
ley 19.549; Fallos: 305:307)” [Fallos: 319:2783].

La Sala II, en un caso que presentó ribetes fácticos y jurídicos sustancialmente análogos a los que revela esta causa, afirmó, en referencia al decreto 999/2016, que “el respectivo discernimiento fue adoptado unilateralmente por la demandada, esto es: con prescindencia de todo anoticiamiento al afectado, o instancia formal que le hubiera permitido a éste formular de modo previo las expresiones o defensas que conciernan a la reivindicación de los derechos que le asisten, y que nacieron, justamente, al abrigo de los efectos del acto primigenio del año 2014 [...] Es que, aún la eventualmente sincera persuasión de la autoridad con competencia decisoria, respecto de la regularidad y juridicidad de lo actuado en 2016, no eximía, sin más, de la prosecución de los procedimientos que vertebran el debido proceso, puntal infaltable del Estado de derecho” (causa “*Corres, Juan Manuel c/ Estado Nacional s/ empleo público*”, pronunciamiento del 11 de diciembre de 2020).

La doctrina, en una orientación semejante, ha dicho que “la garantía contra una anulación arbitraria se halla, precisamente, en los requisitos que la propia ley nacional de procedimientos administrativos exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo, los cuales, por ende, tienen que concurrir, necesariamente, para que el acto que plasma el ejercicio de la potestad anulatoria pueda reputarse válido” (Comadira, Julio Rodolfo, obra citada, página 367).

XIX. Desde esa perspectiva, jurisprudencial y doctrinaria, la participación de la actora, como agente estatal, en sede administrativa era decisiva, pues de esa manera podría



haber alegado y demostrado que no tuvo el “conocimiento del vicio” que la administración dio por cierto.

XX. La deficiencia procedimental señalada es palmaria si se retiene que el “vicio” que la administración imputa al decreto 2507/2014, cuyo “conocimiento” por parte de la actora asegura de un modo tajante, involucra tanto cuestiones de derecho —esencialmente— como cuestiones de hecho.

Ciertamente, el Poder Ejecutivo Nacional, en el decreto 999/2016 y en este juicio, hizo alusión —centralmente— a que las designaciones dispuestas en el decreto 2507/2014 no respetaron ni “el principio de igualdad en el acceso a la función pública” ni “el requisito de idoneidad como condición de ingreso a la Administración Pública Nacional”, en tanto —apuntó— “no fueron precedidas de los procedimientos de selección correspondientes”.

Es decir, “el vicio” que, según indica el Estado Nacional, portaría el decreto 2507/2014, requería, por su naturaleza, una demostración que, a su vez, exigía la participación de la actora en sede administrativa.

En el ámbito doctrinario puede hallarse una interesante variedad de opiniones acerca de la noción misma del “conocimiento” del vicio y del grado de ese “conocimiento” por parte de la persona particular. Esa diversidad de opiniones está anudada a la presencia, en el “vicio”, de aspectos de derecho o de aspectos de hecho (ver Comadira, Julio Pablo, *“Cuándo el particular ‘conoce el vicio’ del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”*; elDial.com -editorial albrematica, 6 de diciembre de 2002).

Con suma nitidez se ha expresado, en ese ámbito, que si bien “el sintagma ‘si el interesado hubiere conocido el vicio’ [...] como supuesto de hecho habilitante del ejercicio de la potestad revocatoria del acto regular o irregular [...] es un concepto





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.
jurídico indeterminado de baja o débil densidad normativa”, aun así “la determinabilidad acerca de que el interesado tuvo o no conocimiento del vicio debe emanar de un juicio cognitivo (de un razonamiento lógico deductivo), no volitivo. Ello significa que quien afirma —la Administración— tiene la carga de acreditar que, en el momento de nacer el acto, el particular tuvo conocimiento irrefutable e indiscutible de una infracción estructural genética u originaria” (Sammartino, Patricio M. E., *“La estabilidad del acto administrativo”*, La Ley, AR/DOC/2804/2019).

La Sala II, con una clara mirada, exteriorizó una afirmación rotunda: “presumir el conocimiento del destinatario del acto respecto de una supuesta ilegitimidad que lo afectara —dicho ello, más allá e independientemente de la verificación que en definitiva correspondiera sobre la irregularidad alegada—, siendo aquél un empleado público, y obrar sin que éste sea oído, se revela como antijurídico” (causa “Corres”, citada).

Comparto esa afirmación.

Por tanto, la alegación que el Estado Nacional sostiene en torno al “conocimiento del vicio” por parte de la actora no es idónea, en sí misma, para justificar el ejercicio de la potestad revocatoria.

XXI. A la luz de esa comprensión, sólo es admisible llegar a la conclusión de que la administración, en un sentido contrario a los principios, reglas y mandatos que fueron evocados, redujo el procedimiento administrativo “a una pura formalidad, dejando de lado la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, en un trámite que no tiene partes contendientes, con una grave afectación al derecho constitucional y convencional a la tutela administrativa efectiva, inescindible de la garantía, que exhibe la



misma naturaleza, del debido proceso adjetivo” (esta sala, causa “R.W.”, citada).

Consiguientemente, el decreto 999/2016, como acto administrativo de alcance individual, exhibe vicios graves en algunos de sus elementos esenciales, en la forma y en el procedimiento, en tanto al no haberse dado intervención a la actora en la formación de la decisión administrativa reflejada en el decreto de revocación, se configuró una inequívoca vulneración a la garantía del “debido proceso adjetivo”, con impacto en la causa y en la motivación (Sala II, causa “Corres”, citada), y, dada la magnitud de esa ilegitimidad, está afectado de nulidad.

XXII. Esa conclusión se acentúa si se tiene en cuenta —como se dijo— que el 10 de mayo de 2016 —es decir, cuatro meses antes del dictado del decreto 999/2016— la actora puso en conocimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos un hecho de enorme relevancia: su embarazo, que, además, presentaba un alto riesgo.

XXIII. La situación de embarazo de la actora, más aun de alto riesgo, no podía ser indiferente para la administración y no es indiferente en este voto (esta sala, causa “R.W.”, citada), dada su definida importancia.

Esa importancia lleva, precisamente, a recordar algunas consideraciones que esta sala ha expuesto en la aplicación de la perspectiva de género:

i. En la causa “*Díaz Santiago, Araceli c/ EN- Biblioteca Nacional s/ amparo ley 16.986*” —pronunciamiento del 18 de junio de 2019— subrayó que el artículo 134, inciso ‘e’, del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional (homologado por el decreto 214/2006) consagra la garantía de “estabilidad” de la trabajadora durante el período de gestación.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

La aplicación al caso de aquel convenio colectivo de trabajo no fue cuestionada aquí por la parte demandada.

ii. En la citada causa “R.W.” —por mayoría— remarcó:

—“[N]o se puede soslayar, sobre esta materia, la protección de las mujeres trabajadoras cuando están embarazadas, y que ha sido incluida en el texto de nuestra Ley Fundamental, cuyo art. 75, inciso 23, encomienda al Congreso la adopción de regímenes de protección que, en lo que aquí interesa, cubran a las madres durante el embarazo y la lactancia”.

—“[D]el conjunto de las normas de la CEDAW – Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (que fue ratificada mediante la Ley n° 23.179, y tiene jerarquía constitucional, cfr. el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la C.N.; en especial los arts. 1º, y 11º en conjunción con el 12º) y la Ley n° 26.485, también se ratifica la especial protección que nuestro Derecho ha procurado brindar a la situación de maternidad⁴.

iii. En la causa “C. C. y otro c/ EN- Mº Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios” —pronunciamiento del 5 de noviembre de 2020— enfatizó:

—El ámbito de tutela que la Constitución Nacional, en su artículo 75, incisos 22 y 23, diversos tratados internacionales —algunos de ellos, como se sabe, enunciados en ese inciso 22—, varios instrumentos internacionales y las leyes nacionales aseguran determinadamente a la mujer, como:

*La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979, aprobada mediante la ley 23.179 —1985).

⁴ Con cita de la Sala II, causa “B., S. M. c/ EN -DNM s/ empleo público” (pronunciamiento del 2 de febrero de 2017).



*La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994, aprobada mediante la ley 24.632 —1996).

*La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), la ONU Mujeres, Organización de las Naciones Unidas dedicada a promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres (2010).

*La ley 26.485, ley de protección integral a las mujeres (2009).

*La ley 27.499, ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (2018).

—“El derecho internacional de los derechos humanos construye normas, reglas y principios, en una evolución continua, en favor de la igualdad de género, como el resultado de una lucha incesante por alcanzar y consolidar esa meta”.

—“[U]na mirada ética del desarrollo y la democracia como contenidos de vida para enfrentar la inequidad, la desigualdad y los oprobios de género prevalecientes”, con la finalidad de “lograr un orden igualitario, equitativo y justo de géneros”⁵.

Paralelamente, la importancia señalada aconseja destacar que —recientemente— la Sala II enfatizó que aplicar el marco normativo conformado por las normas convencionales y nacionales —con hincapié en la CEDAW, en la Convención de Belém do Pará y en la ley 26.485— “no es, para quien tiene la función de impartir justicia, una opción; se trata, verdaderamente, de un mandato vinculante en las naciones donde imperen textos semejantes o análogos” (causa “*Nievas, Eduardo Saturnino c/ E.N. – M^o Seguridad –GN s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.*”, pronunciamiento del 28 de mayo de 2021).

⁵ Con cita de la Sala II, causa “*A., R. H. y otra c/ E.N. M Seguridad –P.F.A. y otros s/ daños y perjuicios*”, pronunciamiento del 11 de julio de 2017.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

XXIV. A partir de la comunicación del embarazo de la actora se daba una fuerte probabilidad de que la presunción de legitimidad de la decisión a la que se orientaba el procedimiento administrativo, esto es, el decreto de revocación de su designación en la planta permanente, podía perder consistencia (esta sala, causa “R.W.”, citada).

Sin embargo, pese a dicha comunicación, la administración no modificó su voluntad de revocar la designación de la actora en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Con esa conducta, el Poder Ejecutivo Nacional desconoció los principios y las reglas que presiden, en el ordenamiento jurídico de los derechos humanos, tanto nacional cuanto internacional, la protección especial en favor de las trabajadoras embarazadas.

XXV. Dicha mirada conduce a desestimar el agravio que ofrece la parte demandada en el sentido de que el decreto 999/2016 no produjo una situación de desamparo en la actora “ya que se estableció que el personal vuelva a la situación de revista anterior, resguardando de esta manera el empleo y la cobertura de la Sra. [L.]”.

XXVI. Esa misma mirada confiere una adecuada respuesta a la objeción referente a la inexistencia de discriminación que la parte demandada fundó en que no se revocó “únicamente” la designación de la actora, que, por ello, debe ser rechazada.



XXVII. Los argumentos expuestos —hasta aquí— me llevan a considerar que es inoficioso examinar la crítica concerniente a que el decreto 2507/2014 desplazó antijurídicamente los mecanismos previstos en el decreto 993/1991 para ingresar a la carrera administrativa y a que, por ende, se produjo la “derogación ilegal del reglamento”.

XXVIII. La invocación del precedente “*Ramos*” (Fallos: 331:311) no es admisible por cuanto: (a) comporta un planteo novedoso que no fue formulado en la contestación de la demanda, circunstancia procesal que excluye su tratamiento en esta instancia con arreglo al artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y (b) dicho precedente no guarda correspondencia con las circunstancias que muestra esta causa puesto que allí la Corte Suprema de Justicia examinó la situación de un agente que había presentado un vínculo con la administración dado por la suscripción de diversos y sucesivos contratos, en tanto aquí, en cambio, la estabilidad en el empleo había sido conferida mediante la designación dispuesta en un decreto que después fue revocada, por razones de ilegitimidad, mediante otro decreto.

XXIX. En suma, el decreto 999/2016, en tanto revocó la designación de la actora en la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación dispuesta en el decreto 2507/2014, es inconstitucional e inconvencional, y, por tanto, es nulo, en la medida en que: (i) exhibe graves deficiencias en el procedimiento que lo precedió, en la forma, en la causa y en la motivación, y (ii) desconoce la protección especial que establecen las normas en favor de las trabajadoras embarazadas.

XXX. La impugnación dirigida a la reparación patrimonial fijada por el juez no puede ser acogida.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

76.941/2016 “L. H. V. c/ EN S/ EMPLEO PÚBLICO” juzgado n° 3.

Ello es así, toda vez que está apoyada en la validez jurídica del decreto 999/2016, de manera que queda naturalmente subordinada a la decisión que se tome sobre ese aspecto.

Y, como se vio, el decreto 999/2016 ha quedado descalificado por su nulidad.

XXXI. Corresponde, por tanto, desestimar los agravios y confirmar la sentencia apelada.

XXXII. Las costas de esta instancia deben ser soportadas por la parte demandada que resulta vencida (artículo 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

XXXIII. Finalmente, debe remitirse la causa a la secretaría general de esta cámara para que se modifique la carátula en los términos del punto I de este voto.

En mérito de las razones expuestas, propongo al acuerdo: (i) desestimar los agravios, confirmar la sentencia apelada e imponer las costas de esta instancia a la parte demandada; y (ii) remitir la causa a la secretaría general para que sea recaratada según el punto **XXXIII** de este voto.

La jueza Clara María do Pico adhiere al voto precedente.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal **RESUELVE: 1.** Desestimar los agravios,



confirmar la sentencia apelada e imponer las costas de esta instancia a la parte demandada; y **2.** Remitir la causa a la secretaría general para que sea recaratada según el punto **XXXIII.**

La jueza Liliana María Heiland no suscribe este pronunciamiento por hallarse en uso de licencia (artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Regístrese, notifíquese, remítase la causa a la secretaría general y, oportunamente, devuélvase.

Rodolfo Eduardo Facio

Clara María do Pico



En consecuencia, llámase la atención al magistrado aludido en la comunicación que por vía de "fax" obra a fs. 107 a fin de que, en lo sucesivo se abstenga de formular manifestaciones inadecuadas que perturban y demoran el normal desenvolvimiento del trámite y que traducen un desconocimiento de la prelación normativa vigente en orden al sistema constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional), generando de tal modo una situación de conflicto innecesario entre quienes deben coadyuvar en la administración de justicia. Hágase saber.

RICARDO LEVENE (H) — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ —
RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO —
JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO.

ASTILLEROS ALIANZA S.A. DE CONSTRUCCIONES NAVALES,
INDUSTRIAL, COMERCIAL Y FINANCIERA v. NACION ARGENTINA (P.E.N.)

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.

Es equiparable a sentencia definitiva la decisión que admitió la medida de no innovar, si causa un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho resulta tardía, insuficiente o de imposible reparación ulterior.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Trámite.

Si los agravios del apelante versan tanto sobre la inteligencia de una ley de naturaleza federal cuanto sobre la arbitrariedad que imputa a la sentencia, y la ambigüedad de la fórmula empleada en el auto de concesión del recurso torna difícil comprender la extensión con que se ha concedido el remedio federal, es aconsejable atender a los planteos de la recurrente con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio.

OBRAS PUBLICAS.

La realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la administración, que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquélla.

OBRAS PUBLICAS.

La realización de una obra pública constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal e irrazonable, a la par que ocasione un daño a terceros que no sea susceptible de una adecuada reparación.

MEDIDAS CAUTELARES.

A los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, tratándose de la suspensión de una obra pública, debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público.

MEDIDA DE NO INNOVAR.

No resulta acreditado suficientemente el peligro que generaría la demora, si alegado un mero perjuicio económico, los daños que eventualmente pudieran derivarse de la imposibilidad de ejercer el derecho perseguido en la medida cautelar, podrán ser compensados mediante una adecuada indemnización a cargo del Estado Nacional.

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Sentencia definitiva. Resoluciones anteriores a la sentencia definitiva. Medidas precautorias.*

La índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizaría cuando por su desmesurada extensión temporal concluyen por resultar frustratorias del derecho federal invocado en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra. De este modo su calidad de definitivas a los efectos del recurso extraordinario resulta evidente (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.*

Pronunciamientos anteriores a la sentencia definitiva son, empero, equiparables a ella en circunstancias en que el derecho en cuestión deba ser amparado en la oportunidad procesal en la que se invoca, pues de lo contrario la posterior revisión de lo decidido dejaría de ser eficaz (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: *Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.*

La ley 22.080 de política portuaria nacional es de preeminente carácter federal (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

OBRAS PUBLICAS.

La decisión de ejecutar una obra pública es una actividad discrecional de la Administración, lo que alcanza, incluso por sus mismas exigencias técnicas, a la elaboración del proyecto y demás estudios contemplados en el art. 4º de la ley 13.064 (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

OBRAS PUBLICAS.

Por la propia índole de las decisiones de oportunidad o mérito que emanan de la Administración al momento de optar sobre la conveniencia de ejecutar una determinada obra, en un concreto emplazamiento y según un específico proyecto técnico y presupuesto, el escrutinio judicial sólo puede tener lugar cuando la contradicción con el ordenamiento resulte palmaria -arbitrariedad o ilegalidad manifiesta- y los daños alegados no sean susceptibles de reparación posterior (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

PUERTOS.

En tanto el Poder Ejecutivo no sancionó la reglamentación que le encomendó expresamente el art. 2º de la ley 22.080, el decreto 497/81 sirve, para el caso, de suficiente expresión de voluntad de dicho poder en cuanto a las características de la obra en su incidencia sobre la "maniobra y seguridad de la navegación" en la zona en cuestión (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

MEDIDA DE NO INNOVAR.

Si la conducta procesal del actor indica que la prohibición de innovar en nada modifica su situación jurídica sustancial, ello pone de resalto la inutilidad de la paralización de una obra pública en la que, cabe suponer, el interés público se encuentra comprometido (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Los derechos individuales han de integrarse en su ejercicio en el todo armónico de las cláusulas constitucionales a fin de lograr, sin desmedro sustancial de ninguna, el adecuado equilibrio que reclaman en un Estado de derecho, las ordenadas exigencias de la justicia, tanto en las relaciones de la comunidad hacia sus miembros, como en la de éstos con aquélla (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

Los derechos fundamentales que se reconocen en el plexo axiológico del art. 14, 14 nuevo y siguientes y concordantes, lo son "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio", con ajuste en un todo a lo expresamente previsto por el art. 14 citado de la Constitución misma (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Principios generales.

El legislador debe satisfacer los objetivos del Preámbulo y lograr el bien general común, fin último del Estado y de toda función de Gobierno que tiene en la norma dada por el Congreso, el medio más señalado por la Ley Suprema (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

SISTEMA REPUBLICANO.

La función primigenia de gobernar a cargo del legislador en la forma republicana de gobierno tiene acabado cumplimiento en un resultado también de equilibrio armónico, del interés social frente al mero interés individual (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

MEDIDAS CAUTELARES.

Una obra pública no puede ser paralizada por una medida precautoria solicitada por terceros ajenos al contrato, precisamente, de esa obra pública, salvo en condiciones iguales a las que autorizan la procedencia de la acción de amparo, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si corresponde (Voto de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Relación directa. Sentencia con fundamentos no federales o federales consentidos.

Si el litigio ha sido decidido con fundamentos no federales suficientes, serios e independientes de la materia federal, que no han sido objeto de la debida impugnación por el recurrente, las cuestiones que alega como de naturaleza federal no guardan relación directa o inmediata con lo resuelto (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos formales. Interposición del recurso. Fundamento.

Habiéndose rechazado el levantamiento de la medida cautelar con fundamento en que no se había alegado el presupuesto que establece el art. 202 del Código Procesal y en que el pedido importaba una apelación extemporánea contra la medida adoptada, si

la recurrente ha obviado la crítica concreta y razonada sobre tal cuestión procesal decidida en forma previa, el recurso extraordinario carece de los recaudos de fundamentación exigidos por el art. 15 de la ley 48 (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Relación directa. Sentencias con fundamentos no federales o federales consentidos.

Si han quedado firmes los argumentos que sustentan el fallo apelado, la Corte no tiene competencia para entrar a considerar las demás cuestiones alegadas en el recurso extraordinario, pues la omisión de tal recaudo podría llegar a vulnerar las garantías constitucionales contempladas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional dado que se configuraría un exceso de jurisdicción y se afectaría el principio de igualdad de las partes en el proceso (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de octubre de 1991.

Vistos los autos: "Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ daños y perjuicios - (incidente)".

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar el fallo de primera instancia, admitió la medida de no innovar solicitada por el demandante y, en consecuencia, suspendió la construcción del puente a realizarse sobre el Riachuelo y que corresponde a la traza de la autopista La Plata - Buenos Aires, la Dirección Nacional de Vialidad -citada como tercero en la *litis*- interpuso el recurso extraordinario de fs. 383/388 que fue contestado a fs. 394/396 y concedido a fs. 397.

2º) Que a tal efecto, la alzada sostuvo que según el proyecto vigente el puente en cuestión tendría un gálibo vertical de 27 metros sobre el cero del Riachuelo, circunstancia que -con apoyo en informes incorporados a la causa- afectaba la navegación de la vía fluvial indicada e impedía el paso de buques de gran porte, con menoscabo de la finalidad de interés general que

debe cumplir la actividad administrativa y del objeto perseguido por la ley 22.080, de política portuaria nacional.

Asimismo, el tribunal *a quo* sostuvo que no surgía de las constancias de la causa que se hubiera requerido con anterioridad a la aprobación del proyecto la intervención de los organismos señalados por el texto legal indicado.

3º) Que si bien, en principio, las decisiones relativas a medidas cautelares son extrañas a la instancia extraordinaria, dicha regla cede cuando aquellos pronunciamientos causan un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, resulta de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 295:646; 303:625; causas: F. 308 y 314.XXIII. "F.O.E.T.R.A. Sindicato Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y otros s/ medida cautelar", sentencia del 5 de abril de 1991), ya que la índole del gravamen sufrido equipara el fallo a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48.

4º) Que, sentado lo expuesto, cabe señalar que los agravios de la apelante versan tanto sobre la inteligencia de una ley de naturaleza federal cuanto sobre la arbitrariedad que imputa a la sentencia. Esta circunstancia, unida al hecho de que la ambigüedad de la fórmula empleada en el auto de concesión del recurso torna difícil comprender la extensión con que el *a quo* ha concedido el remedio federal, hace aconsejable atender a los planteos de la recurrente con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio (doctrina de Fallos: 302:400, considerando 3º).

5º) Que como premisa trascendente para juzgar sobre el cumplimiento de los presupuestos que requiere una medida como la ordenada, cabe destacar que la realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la administración que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquella y que constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal o irrazonable, a la par que ocasione un daño a terceros que no sea susceptible de una adecuada reparación.

6º) Que, desde esta perspectiva, cabe observar que la violación de la ley 22.080 de política portuaria nacional, considerada por el tribunal *a quo* para juzgar cumplido el *fumus bonis juris*, no presenta, en el restringido marco de

conocimiento inherente a todo proceso cautelar, el carácter patente que se requiere en los términos señalados, pues -por un lado- en el apartado 3.11 del artículo 3º del Anexo I del texto mencionado pareciera comprenderse a las obras que se proyecten y, en el caso, la oferta que -tras la adjudicación- dio lugar al contrato de obra, fue efectuada con relación a un llamado a licitación realizado con anterioridad a la vigencia del régimen normativo indicado y sobre la base de un proyecto también aprobado en fecha anterior.

De igual modo, más allá de la infracción en el procedimiento previo señalada por la cámara respecto a la omisión de dar intervención a los organismos mencionados por la ley 22.080, tal hipotética deficiencia no genera -con los elementos reunidos en la *litis*- un grado suficiente de verosimilitud como para fundar la suspensión de la obra, toda vez que frente a los informes técnicos que obraban en el expediente, elaborados -inclusive- por la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables, y que sirvieron de antecedente para dictar el decreto 497/81 aprobatorio de la adjudicación y del contrato de obra, no aparece como una necesaria consecuencia que de haber tomado intervención las reparticiones contempladas por aquella norma la administración hubiese adoptado otra decisión, máxime cuando los dictámenes eran requeridos para la mera evaluación del proyecto pero sin vincular, en principio, en cuanto a las conclusiones.

Por fin, sobre la base de la mera opinión emitida por una dependencia oficial (Secretaría de Estado de Intereses Marítimos) -por cierto no vinculante para el Poder Ejecutivo Nacional y, por lo demás, contraria a las expuestas anteriormente en el mismo ámbito (Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables)- concluyó irrazonablemente el *a quo* que se violaban los puntos 3.2., 3.3. y 3.5 del Anexo I de la citada ley, normas éstas que por su redacción sumamente genérica confieren a la administración un amplísimo margen para determinar lo que, en un momento dado, es más conveniente para el quehacer portuario.

7º) Que, asimismo, cabe puntualizar a los efectos de apreciar el *bonis fumus juris* exigido por el art. 230, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que esta Corte ha establecido que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas (Fallos: 245:552 y 249:221) obliga en procesos precautorios que, como el presente, son de un limitado conocimiento, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y a una actuación con suma prudencia por parte de esta Corte que, sin

resignar por cierto su función de custodio de la Constitución, evite que medidas de esta índole comprometan la actuación de los poderes públicos en un ámbito tan sensible para el desarrollo económico como lo es la obra pública.

De ahí, pues, que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de una semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público (Fallos: 210:48; 303:625; 307:2267).

8º) Que, con tal comprensión y frente a los antecedentes apreciados precedentemente, corresponde señalar que la ilegitimidad atribuida a la decisión del poder administrador no aparece como un vicio notorio ni se evidencian fehacientemente las razones que justificarían un supuesto de excepción para decretar la prohibición de innovar. Se impondría, en todo caso, una meditada valoración de la totalidad de los datos conducentes, apreciación que no puede llevarse a cabo en el actual estado procesal pues no sólo se carece de los elementos de convicción suficientes para juzgar sobre la legitimidad de los actos de los poderes públicos, sino que ello configuraría un prejuzgamiento sobre el fondo del litigio.

9º) Que, por último, cabe puntualizar que tampoco resulta acreditado suficientemente el peligro que generaría la demora, ya que alegado por el demandante un mero perjuicio económico, los daños que eventualmente pudieran derivarse de la imposibilidad de ejercer el derecho perseguido en esta medida cautelar, podrán ser compensados mediante una adecuada indemnización a cargo del Estado Nacional (Fallos: 262:150).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y, en los términos del artículo 16 de la ley 48, se revoca el pronunciamiento apelado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ (*por su voto*) — RODOLFO C. BARRA (*por su voto*) — CARLOS S. FAYT (*por su voto*) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE PRIMERO DOCTOR
DON MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTINEZ, DEL SEÑOR
VICEPRESIDENTE SEGUNDO DOCTOR DON RODOLFO C. BARRA
Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital, resolvió a fs. 372/374 vta. del presente incidente, confirmar los decisorios dictados por el señor juez de primera instancia y que lucen a fs. 328 y fs. 344 del mismo. En el primero de ellos el juez interviniente resolvió rechazar el pedido formulado por la Dirección Nacional de Vialidad (citada en autos en calidad de tercero), en orden al levantamiento de la medida cautelar que había sido previamente ordenada a fs. 204/205 vta. por el mismo magistrado. En cambio, por el segundo de los decisorios citados se rechazó, con costas, el recurso de reposición intentado por la actora, contra la providencia de fs. 330, mediante la cual se concedió el recurso de apelación interpuesto por la accionada, contra el mencionado pronunciamiento de fs. 328, que denegó la solicitud de levantamiento de la cautelar oportunamente decretada.

2º) Que contra la resolución de fs. 372/374 vta., la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 383/388 vta.), que fue respondido por su contraria (fs. 394/396) y finalmente concedido por la cámara *a quo* a fs. 397/397 vta.; con lo cual los actuados vinieron a conocimiento y decisión de esta Corte.

3º) Que la actora ha promovido demanda con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial de condena contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), que hizo extensiva a quienes pidió se citara en calidad de terceros (Dirección Nacional de Vialidad y Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires), por los daños y perjuicios anteriores y posteriores, emergentes de la construcción de un puente sobre el Riachuelo, que integra las trazas de la Autopista La Plata-Buenos Aires y Ribereña de la Capital Federal. Asimismo, peticionó una medida de no innovar dirigida a la suspensión de los trabajos de construcción del puente indicado. Pidió costas.

4º) Que si bien las resoluciones que se refieren a medidas precautorias, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan como principio, el otorgamiento del recurso extraordinario, tal doctrina cede en los supuestos en que aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de

hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, ya que ello acuerda al fallo el carácter de definitivo, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

En efecto, la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturaliza cuando por su desmesurada extensión temporal concluyen por resultar frustratorias del derecho federal invocado en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra. De este modo su calidad de definitivas a los efectos del recurso extraordinario resulta evidente. El presente es uno de aquellos casos tenidos en cuenta por esta Corte para afirmar que pronunciamientos anteriores a la sentencia definitiva son, empero, equiparables a ella en circunstancias en que el derecho en cuestión debía ser amparado en la oportunidad procesal en la que se lo invoca, pues de lo contrario, la posterior revisión de lo decidido dejaría de ser eficaz (conf. Fallos: 98:309; 110:190; 130:129; 164:5; 165:68; 191:253; 193:115. Ver, asimismo, Esteban Imaz y Ricardo Rey, El Recurso Extraordinario, 2da. ed. págs. 204 y siguientes).

Por lo que se comprobará más adelante, terminan resultando palmarios los gravámenes que podría irrogar al Estado Nacional y a la Dirección Nacional de Vialidad -tercera citada en el pleito y apelante de la cautelar decretada- el mantenimiento de la orden de no innovar dispuesta por el señor juez de primera instancia y confirmada luego por la Cámara. Sin perjuicio de ello, es del caso señalar asimismo que, como correctamente lo mencionó el *a quo*, en el fallo apelado se ha realizado una interpretación del contenido de la ley 22.080 de política portuaria nacional -norma de preminente carácter federal- circunstancia ésta que sumada a la anteriormente mencionada, tornan admisible, el excepcional remedio federal intentado (Fallos: 251:162; 257:301; 308:647, entre muchos otros). Por último, cabe acotar que la sentencia recurrida ha resuelto el tema debatido en forma contraria a los intereses de la apelante, habida cuenta de la extensión que la Dirección Nacional de Vialidad entiende que el *a quo* ha reconocido a los alcances de la citada ley 22.080; por lo que debe concluirse que en el caso, se encuentra configurado el supuesto contemplado por el art. 14, inc. 3º, de la ley 48.

5º) Que contra la mencionada sentencia de cámara, la recurrente se agravia por estimar: a) que "el *a quo* ha entendido que la ley 22.080 es la única que debe ser tenida en cuenta, con olvido de otras normas contenidas también en dicho ordenamiento"; b) que la suspensión de la obra en virtud de la medida precautoria ahora recurrida, reviste gravedad institucional, con trascendentes consecuencias patrimoniales para el erario nacional, toda vez

que el fallo atacado ha dado prioridad al interés de un particular en desmedro de uno de la colectividad; c) que la cámara ha incurrido en flagrante arbitrariedad al efectuar las consideraciones que acaban de ser precisadas, la cual solamente podrá ser reparada por una decisión superior en contrario; d) que ante la remisión que efectúa el *a quo* a un dictamen de la Procuración del Tesoro, opone el argumento de que también emitió su informe la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables, lo que lleva a aseverar a la apelante, que en rigor, la determinación de la altura y características restantes del puente, no han sido establecidas de manera arbitraria por la Administración, sino que ello ha ocurrido sobre la base de las conclusiones a las que se arribara en las actuaciones administrativas correspondientes; e) que en autos no se han efectuado pericias técnicas, las cuales, en su caso, no podrían haber avalado -a criterio de la recurrente- el decisorio atacado; f) que, por el contrario, de haberse practicado dichas pericias, el resultado no podría haber sido otro que el ya adelantado, o sea: la improcedencia de la cautelar pedida; y g) finalmente, que ha habido un excesivo rigorismo formal en el pronunciamiento del *a quo*, cuando éste afirma que en los actuados, no se ha contado con algunos de los informes indicados a fs. 374 (considerando 5º), habida cuenta que tan extrema postura no puede, de todos modos -a su manera de ver- justificar la procedencia de la medida confirmada, la cual, en los hechos, ha importado la paralización de una obra de gran trascendencia, como lo es la involucrada en autos.

6º) Que la cámara *a quo*, para decidir como lo hizo, aplicó al *sub lite* las disposiciones contenidas en la ley 22.080 (fs. 373, considerando 3º), haciendo referencia a distintas exigencias que esa norma estipula deben observarse para la realización de obras portuarias. Asimismo, y en idéntico orden de ideas, el *a quo* se remitió al dictamen del señor Procurador del Tesoro (considerando 5º, fs. 373 vta. y fs. 110/112), en el sentido que aquella ley requiere -en el caso de la construcción de obras como la que hace al pleito (ley 22.080, Anexo I, art. 3, ap.3.11)- el previo dictamen técnico de diferentes organismos que la misma ley menciona, habida cuenta que se entendía necesario contar con tales informes, a los fines de elaborar -sobre la base de sus conclusiones- los proyectos correspondientes.

7º) Que la decisión de ejecutar una obra pública es una actividad discrecional de la Administración, lo que alcanza (incluso por sus mismas exigencias técnicas) a la elaboración del proyecto y demás estudios contemplados en el art. 4º, de la ley 13.064.

Esta actividad no es revisable judicialmente, salvo que se violen expresas disposiciones legales o reglamentarias o exista manifiesta irrazonabilidad, afectando derechos subjetivos de terceros. Claro está que -por la propia índole de las decisiones de oportunidad o mérito que emanan de la Administración al momento de optar sobre la conveniencia de ejecutar una determinada obra, en un concreto emplazamiento y según un específico proyecto técnico y presupuesto- el escrutinio judicial sólo puede tener lugar cuando la contradicción con el ordenamiento resulte palmaria (arbitrariedad o ilegalidad manifiesta) y los daños alegados no sean susceptibles de reparación posterior. De lo contrario, se afectaría la eficacia del obrar administrativo, ingresando el Poder Judicial en una esfera de gobierno que le está vedada por limitaciones funcionales -que resultan del principio de división de poderes- e incompetencia técnica especializada.

8º) Que en el caso bajo estudio se llamó a licitación el 15 de setiembre de 1978 con el proyecto de la obra aprobado con anterioridad, produciéndose el acto de apertura de las ofertas el 31 de enero de 1979, lo que desembocó, por último, en el dictado del decreto del P.E.N. 497/81 del 30 de marzo de 1981, mediante el cual se aprobó tanto la adjudicación como el contrato de la obra. En el transcurso del período reseñado, se produjo el dictado de la ley 22.080 (B.O. del 24 de setiembre de 1979) de política portuaria nacional.

La citada ley, en su Anexo I, art. 3º, ap. 3.11, exige la intervención previa de distintos organismos a los efectos de la elaboración de proyectos que puedan afectar (en lo que aquí interesa) "a la maniobra y seguridad de la navegación".

Dicha intervención, en el caso, no fue completa, lo que, como se ha dicho, ha sido la razón sustancial utilizada por el *a quo* para decidir la medida precautoria aquí cuestionada.

Sin embargo, en la presente causa, no resulta manifiesta y palmaria la contradicción del obrar de la Administración Pública con el texto legal. En efecto, la ley 22.080 tiene, en principio y en una interpretación literal de su texto, una vigencia posterior al hecho previsto por su normativa -esto es el proyecto de la obra, necesariamente anterior al llamado a licitación del 15 de setiembre de 1978- y si bien aquella norma aparece como anterior al decreto 497/81, puede afirmarse que este último no solamente es correlato de todo lo actuado con anterioridad, sino que además, importa la decisión que pone cierre a una tramitación administrativa que, por lo dicho, tuvo su inicio mucho antes en el tiempo.

Precisamente el citado apartado 3.11 del art. 3º del Anexo I de la ley 22.080 textualmente dice: "En todos los casos que se proyecte...", lo que está fijando -en una primera interpretación limitada al estudio del requisito básico para la procedencia de una medida como la aquí cuestionada, esto es, la manifiesta ilegalidad de la aprobación del proyecto de la obra- un régimen a tener vigencia para nuevos proyectos de obras y no para casos como el presente en que la obra ya se encontraba proyectada, presupuestada, licitada y en trámite de adjudicación.

Por lo demás, el citado decreto 497/81 (dictado en el ámbito de competencia fijado por el art. 1º de la ley 17.520) significó -siempre con el alcance limitado y provisional de la interpretación que aquí se realiza, sólo a los efectos de valorar, nada menos, que la paralización de una obra de comunicación de áreas que constituyen unas de las más densamente pobladas del país y de mayor actividad económica- una opción del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto a requerir tales intervenciones previas o decidir con base en la información técnica ya existente en el expediente (Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables) la aprobación de la adjudicación y contrato y, con ello, todo lo actuado desde la concepción misma de la obra, su procedimiento licitatorio y la adjudicación provisional pertinente. Tal opción fue ejercida en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo y con fundamento (entre otros elementos) en el informe del ya citado órgano con competencia técnica específica en el tema, que estableció la altura del puente (tema esencial de este incidente) opinión técnica que impide, además, la calificación de irrazonable del mencionado decreto 497/81.

Asimismo el concepto de "maniobra y seguridad de la navegación" contenido en el apartado 3.11 del citado Anexo I de la ley 22.080, no fue definido con suficiente precisión y detalle, de manera de permitir una estricta comparación entre la decisión de la Administración Pública y la norma aplicable. El art. 2º de dicha ley encomendó expresamente al Poder Ejecutivo el cometido de reglamentar la ley, manifestando así la voluntad del legislador de delegar en el Poder Ejecutivo Nacional la tarea de precisar y detallar los alcances de la ley, así como el procedimiento y medios de su aplicación en el ámbito de la Administración Pública. Dicha reglamentación no fue sancionada por lo que, para el caso, el decreto 497/81 sirve de suficiente expresión de voluntad del Poder Ejecutivo Nacional en cuanto a las características de esta obra en su incidencia sobre la "maniobra y seguridad de la navegación" en la zona en cuestión. Debe reiterarse, a estos efectos, la intervención de la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías

Navegables, que es el organismo de mayor competencia técnica específica de los mencionados en el citado aptdo. 3.11, con lo que, a mayor abundamiento, la intención sustancial (en lo que aquí importa) del legislador no aparece como manifiestamente contradictoria.

9º) Que en tales condiciones no puede requerirse que en el caso en estudio, se analice la incidencia de la falta de intervención a la que antes se hizo referencia, por cuanto por las razones apuntadas, mal podría ser ella ineludiblemente exigible en el caso, atenta la situación dada. De ello se deriva que en el *sub examine* no se ha contradicho manifiestamente el texto de la norma citada, ni ninguna otra norma legal o reglamentaria, de manera tal que no se ha producido circunstancia que permita o posibilite el dictado de una medida precautoria de la gravedad de la solicitada por la accionante.

No habiéndose configurado el extremo aludido -y sin perjuicio del resultado final al que pueda arribarse en los autos principales, con sujeción allí a una mayor amplitud de debate y prueba, que es propia de un juicio ordinario y ajena al carácter restringido que denotan las medidas precautorias- cabe señalar que se torna inviable el pedido de una cautelar como la aquí tratada, utilizada, al fin y al cabo, como un medio para cuestionar la discrecionalidad ejercida por la Administración Pública, al proyectar una obra pública, e intentar lograr, de esa forma, paralizar esta última.

10) Que cuando la actora amplió su demanda a fs. 302/303 vta. hizo puntual reserva de que, aún cuando y, eventualmente, pudiera la demandada proponer o decidir otras alternativas a la obra -que obviarán la fijación en 27 metros la altura del puente a construir- de todas maneras la accionante persistiría en su reclamo de resarcimiento por daños y perjuicios emergentes de la realización de dicha obra. A tal fin puntualizó que en nada podrá alterar su postura, la circunstancia de que la demandada hipotéticamente pudiera sugerir la fijación de una mayor altura para el puente o su transformación en uno levadizo o, por último, el cambio de la traza elegida.

Esta conducta procesal indica que la medida precautoria en cuestión en nada modifica la situación jurídica sustancial de la actora, poniendo así de resalto la inutilidad de la paralización de una obra pública en la que, cabe suponer, el interés público se encuentra comprometido.

11) Que por el contrario, los argumentos esgrimidos por la accionada para oponerse al dictado de la medida de no innovar decretada, resultan razonables

y conducentes para la solución del tema en debate. Ello es así, por cuanto sobre este punto, no puede sino recurrirse a la doctrina reiteradamente fijada por esta Corte, en orden a la prelación o prioridad que presenta el interés público ante los intereses meramente privados.

Resulta entonces de toda conveniencia recordar que esta Corte tiene dicho: "si los derechos individuales no son absolutos y sí susceptibles de razonable reglamentación legislativa, basada en el respeto y amparo de los derechos de los demás, la salvaguarda del orden y la seguridad de la comunidad y de las instituciones que constituyen la estructura fundamental del Estado al servicio del bien común, fuera del cual el goce y garantía de aquellos derechos se tornan ilusorios o no hallan plena satisfacción, con mayor razón aquellos derechos han de integrarse en su ejercicio en el todo armónico de las cláusulas constitucionales a fin de lograr, sin desmedro sustancial de ninguna, el adecuado equilibrio que reclaman en un Estado de Derecho, las ordenadas exigencias de la justicia, tanto en las relaciones de la comunidad hacia sus miembros, como en la de éstos con aquélla" (Fallos: 304:1524).

Esta Corte ha sostenido asimismo -siguiendo la misma línea argumental que, en lo pertinente, ha sido transcrita en el párrafo precedente- que "los derechos fundamentales que se reconocen por el plexo axiológico del art. 14, 14 nuevo y sigs. y concordantes, lo son 'conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio'", con ajuste en un todo a lo expresamente previsto por el art. 14 citado, de la Constitución misma. El fallo que se transcribe continúa expresando que "el legislador debe satisfacer los objetivos del Preámbulo y lograr el bien general o común, fin último del Estado y de toda función de Gobierno que tiene en la norma dada por el Congreso, el medio más señalado por la Ley Suprema. Así la función primigenia de gobernar a cargo del legislador en la forma republicana de gobierno, tiene acabado cumplimiento en un resultado, también de equilibrio armónico, del interés social frente al mero interés individual. (Fallos: 308:2268).

En tales condiciones, y sobre la base de la doctrina transcrita, debe necesariamente reiterarse que en el *sub judice*, el dictado de la medida cautelar ha desconocido tan preclaros como concretos y fundamentales principios que precisamente por encontrarse incorporados a nuestra Constitución Nacional, deben ser de obligatoria, ineludible e inexcusable observancia por parte de esta Corte, intérprete último de la Ley Fundamental.

12) Que a mayor abundamiento, no puede dejarse de subrayar que, tanto de la documentación aportada como de los argumentos esgrimidos por las partes, se desprende de modo inevitable que en la emergencia nos encontramos ante la realización de una obra que presenta particularidades propias que le confieren una evidente calidad de conveniente y necesaria: toda vez que, por razones obvias -que por su extensión y complejidad resultaría extraño analizar en detalle aquí- aconsejan su concreción y tornan indispensable el cruce del Riachuelo, a efectos de empalmar la autopista La Plata-Buenos Aires, con su homóloga la Ribereña de la Capital Federal.

Ello sentado, no escapa a juicio del Tribunal, que el mantenimiento de la medida de no innovar decidida podría producir en el Estado graves perjuicios patrimoniales que se derivarían de la paralización de las obras; gravámenes que también se harían extensivos a la comunidad toda, por el daño que aquella circunstancia traería como consecuencia para el desarrollo social, que un emprendimiento de la magnitud y trascendencia como el que nos ocupa, por sí solo supone.

Por lo demás, no puede dejar de recordarse -por vía de principio- que una obra pública no puede ser paralizada por una medida precautoria solicitada por terceros ajenos al contrato, precisamente, de esa obra pública; salvo en condiciones iguales a las que autorizan la procedencia de la acción de amparo, sin perjuicio de la obligación de indemnizar, si corresponde.

Así las cosas, debe advertirse que la misma ley 16.986 -cuyas prescripciones podrían tenerse en cuenta a los fines de evaluar la situación configurada, atenta la similitud que puede advertirse entre los supuestos contemplados por el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los arts. 1º y 15º, primer párrafo, de aquella ley- estatuye, en su art. 2º, inciso c), como hechos o actos impeditivos de la admisibilidad de la acción de amparo, aquéllos que acaecieran cuando "la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado...".

13) Que sin perjuicio de puntualizar que el análisis sustancial efectuado en los considerandos que anteceden, permitiría tener por agotado el examen de la cuestión traída a conocimiento y decisión de esta Corte; cabe hacer una reflexión más -ahora, en el plano exclusivamente adjetivo formal- en orden a que, por lo demás, no parece adecuada la vía procesal elegida por la actora para alcanzar sus propósitos.

Ello es así por cuanto del contenido del escrito de inicio, se desprende que lo pretendido por quien ha promovido el presente incidente, no encuentra estrictamente apropiado marco dentro de las prescripciones del art. 195, sigs. y concordantes y art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por el contrario, puede colegirse -a fuer de parecer reiterativo- que la solicitud de la demandante podrá eventualmente hallar andamio en la acción de daños y perjuicios que igualmente se ha promovido en los autos principales, mediante el correspondiente proceso de conocimiento, por vía del juicio sumario, donde aquélla tendrá oportunidad de hacer ejercicio de todos los medios y recursos que la ley procesal pone a su disposición.

14) Que a esta altura solamente resta concluir que no otra solución cuadra en el *sub examine* que no sea -tanto en lo que hace al aspecto material de la gestión como al óbice formal que se opone a la procedencia del presente incidente- la de revocar la medida de no innovar decretada. En cuanto a las costas, atento dicho resultado y por aplicación del principio objetivo de la derrota en juicio (confr. art. 68, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación), corresponde que sean impuestas a la parte actora.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto y se revoca el pronunciamiento de fs. 372/374, en cuanto ha sido materia de recurso extraordinario; con costas. Notifíquese y devuélvase.

MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ - RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de primera instancia -que había rechazado el pedido de levantamiento de la medida cautelar ordenada en autos- en mérito a que la recurrente no había alegado que hubiesen variado las circunstancias que se habían tenido en cuenta al momento de decretarla. Contra este pronunciamiento la Dirección Nacional de Vialidad -citada como tercera en la *litis*- interpuso el recurso extraordinario que fue concedido.

2º) Que las cuestiones que la apelante alega como de naturaleza federal no guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, toda vez que el litigio ha sido decidido con fundamentos no federales suficientes, serios e independientes de la materia federal (confr. Fallos: 302:200; 304:1699; 305:783, entre otros), que, además, no han sido objeto de debida impugnación por parte de la recurrente.

3º) Que, en efecto, dictada la providencia por la cual se decretó la medida de no innovar, la interesada -debidamente notificada el 5 de diciembre de 1989- no apeló ni recurrió tal decisión, sino que el 19 de febrero de 1990 - y sin invocar ninguna variación de la situación de hecho existente al momento en que la medida fue dispuesta- pidió su levantamiento. El juez de primera instancia lo desestimó dado que aquella no había alegado el presupuesto que establece el art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que el pedido había importado una apelación extemporánea en contra de la medida adoptada. La cámara, al compartir estos fundamentos confirmó tal decisión.

4º) Que, en tales condiciones, al haber obviado la apelante la crítica concretada y razonada sobre aquella cuestión procesal decidida en forma previa, consintió el fundamento esencial en que se basó la cámara para desestimar su reclamo. De ahí que el recurso extraordinario carece de los recaudos de fundamentación exigidos por el art. 15 de la ley 48 y reiterada jurisprudencia del Tribunal (confr. Fallos: 306:808 y 898, entre otros).

5º) Que al haber quedado firmes los argumentos no federales que sustentan el fallo apelado, este Tribunal no tiene competencia para entrar a considerar las demás cuestiones alegadas en el recurso extraordinario, pues la omisión de tal recaudo podría llegar a vulnerar las garantías constitucionales contempladas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, dado que se configuraría un exceso de jurisdicción y se afectaría el principio de igualdad de las partes en el proceso.

Por ello, se declara inadmisibile el recurso extraordinario concedido, con costas. Notifíquese y remítase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

no se hubiere practicado regulación” (artículo 116), carece de objeto en el estado actual del juicio el pronunciamiento de esta Corte respecto de puntos que se han convertido en abstractos, por lo que no cabe, en consecuencia, decisión sobre la cuestión de fondo debatida (Fallos: 303:1633, 2020; Q.21.XX, “Quintana, María Cristina c/Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Nacional de Mar del Plata”, del 28 de marzo de 1985).

9º) Que, sin embargo, toda vez que la simple declaración pertinente de la improcedencia del recurso dejaría firme la sentencia apelada, corresponde añadir, como este Tribunal lo ha encontrado procedente en casos análogos, que lo resuelto en la causa no es obstáculo para el derecho que pueda asistir al recurrente conforme a la legislación vigente en la actualidad (Fallos: 250:80).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General y con la salvedad emergente del último considerando, se declaran improcedentes los recursos extraordinarios deducidos a fs. 451/456 y fs. 472/476.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S.
FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI
— JORGE ANTONIO BACQUÉ.

PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO v. NACION ARGENTINA

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Competencia originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La cuestión planteada, en tanto se suscita entre una Provincia, o una repartición autárquica nacional y la Nación misma, y tiene naturaleza federal, es de competencia originaria de la Corte Suprema.

ACCION DECLARATIVA.

Si la Provincia de Santiago del Estero persigue una declaración preventiva que impida que, en la oportunidad de ponerse en vigencia la ley que dictó su legislatura, el Estado Nacional concrete las medidas anticipadas en los

telegramas emitidos, se está frente a una solicitud de declaración de certeza, porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto en ciernes —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal—, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto.

ACCION DECLARATIVA.

La acción declarativa regulada en el art. 322 del Código Procesal, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro del combustible, toda vez que provee a la definición, ante los estrados del Tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta. En efecto, la sola manifestación de la entidad nacional de ejercer las medidas que expone en sus telegramas revela la existencia, en el caso de la demandante, de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual. Se configuran, de tal suerte, las exigencias que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró en algún caso: a) actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) que aquella actividad tenga concreción bastante.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Jurisdicción originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La acción de amparo, de manera general, es procedente en los litigios que caen dentro de la competencia originaria de la Corte porque de otro modo en tales controversias quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por la ley 16.986. No obstante, en el caso en examen no se encuentran dadas las mencionadas circunstancias, ya que al tratarse —en lo esencial— de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial para cuya solución —que se cuenta entre una de las más trascendentes funciones jurisdiccionales que ejerce esta Corte por vía de su instancia originaria— parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos procesales previstos en la ley 16.986, máxime que la inminencia del acto cuestionado depende de la puesta en ejecución de otro acto por parte de quien lo impugna.

ACCION DECLARATIVA.

La acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora —en tanto procura tutela jurisdiccional ante la actitud, exte-

rriorizada a través de comunicaciones telegráficas emitidas por Yacimientos Petrolíferos Fiscales, de no proveer “carburantes o productos e imponer sanciones en caso de aplicar la ley 5464” de la Provincia de Santiago del Estero— que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza. Por ello puede prescindirse válidamente del *nomen juris* utilizado por la Provincia para interponer su acción y atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa que regula el art. 322 del Código Procesal, cuya tramitación se efectuará según las reglas del proceso sumario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia federal. Jurisdicción originaria de la Corte Suprema. Generalidades.

La acción de amparo es de carácter excepcional, utilizable en situaciones extremas en las que, por carencia de otras vías legales peligre la salvaguarda de derechos fundamentales. Esta situación no se configura en el *sub lite* toda vez que se trata —en lo esencial— de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial para cuya solución —que cuenta entre una de las más trascendentes funciones jurisdiccionales que ejerce esta Corte por vía de su instancia originaria— parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos procesales previstos en la ley 16.986 (Voto del doctor Enrique Santiago Petracchi).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de agosto de 1985.

Vistos los autos: “Santiago del Estero, Provincia de c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/acción de amparo”.

Considerando:

1º) Que según surge del escrito que corre a fs. 14/23 la Provincia de Santiago del Estero, en el ejercicio de las que entiende como facultades propias en materia tributaria, sancionó la ley 5.464, y creó el Departamento de Control de Combustibles que, de acuerdo al citado texto legal, tendrá a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan las leyes nacionales 19.511 y 21.970. Como retribución de esos servicios se estableció una tasa del 5 % sobre el precio de las naftas “súper” y “común” y del 2,5 % sobre el gas oil.

Ante esas circunstancias, la "divisional" Salta de Yacimientos Petrolíferos Fiscales cursó a los expendedores de combustibles el telegrama que corre a fs. 3, en el cual se les comunicaba que deberían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de aplicarles las sanciones previstas en la resolución de la Secretaría de Energía Nº 125/71. Requerida la rectificación o ratificación de esa medida por parte de la actora, la empresa estatal reiteró la posición expuesta en la anterior comunicación que obedecía —expresó— a directivas del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación fundadas en lo que dispone el art. 21, inc. 31, de la ley 22.520, t. o. en 1983 (debe decir art. 22, inc. 31).

2º) Que la cuestión planteada, en tanto se suscita entre una Provincia, una repartición autárquica nacional y la Nación misma, y tiene naturaleza federal, es de la competencia originaria de la Corte Suprema tal como lo destaca el dictamen del señor Procurador General. Empero, cabe indagar si el tipo de acción deducida resulta admisible.

3º) Que la pretensión de la Provincia de Santiago del Estero procura tutela jurisdiccional ante la actitud, exteriorizada a través de las comunicaciones telegráficas emitidas por Yacimientos Petrolíferos Fiscales, de no proveer "carburantes o productos e imponer sanciones, en caso de aplicar la ley 5.464 dictada por la legislatura provincial" (ver fs. 15 vta., *in fine*, 16).

4º) Que como se advierte, la Provincia persigue una declaración preventiva que impida que, en la oportunidad de ponerse en vigencia la ley que dictó su legislatura, el Estado Nacional concrete las medidas anticipadas en los telegramas mencionados anteriormente y que funda en las normas legales citadas. Se está, por consiguiente, frente a una solicitud de declaración de certeza, porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto en ciernes —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal—, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto. (*)

5º) Que en esas condiciones, la acción declarativa regulada en el art. 322 del Código Procesal, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la sus-

pensión de suministro del combustible, toda vez que provee a la definición, ante los estrados del Tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta. En efecto, la sola manifestación de la entidad nacional de ejercer las medidas que expone en sus telegramas revela la existencia, en el caso de la demandante, de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual. Se configuran, de tal suerte, las exigencias que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró en algún caso: a) actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) que aquella actividad tenga concreción bastante (*in re*: "Aetna Life Insurance Co. c/Havorth, 300 U.S.227").

6º) Que como la Provincia de Santiago del Estero ha escogido la vía de amparo para formular su reclamo, corresponde considerar su procedencia en las circunstancias particulares del caso. La acción de amparo, de manera general, es procedente en los litigios que caen dentro de la competencia originaria de la Corte porque de otro modo en tales controversias quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por la ley 16.986 (confr. Fallos: 250: 154, disidencia de los Dres. Boffi Boggero y Aberastury). No obstante, en el caso en examen no se encuentran dadas las mencionadas circunstancias, ya que al tratarse —en lo esencial— de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial para cuya solución —que cuenta entre una de las más trascendentes funciones jurisdiccionales que ejerce esta Corte por vía de su instancia originaria— parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos procesales previstos en la ley 16.986, máxime que la inminencia del acto cuestionado depende de la puesta en ejecución de otro acto por parte de quien lo impugna.

7º) Que a esta altura del discurso, parece evidente que la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza.

8º) Que de tal manera y a tenor de lo expuesto, puede prescindirse válidamente del *nomen juris* utilizado por la Provincia para inter-

poner su acción y atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa que regula el art. 322 del Código Procesal, cuya tramitación se efectuará según las reglas del proceso sumario.

Por ello, se decide: Conceder a la actora el plazo de diez días para que encauce su demanda por la vía del juicio sumario (Fallos: 250:154; "Sosa, Aristóbulo, y otros s/recurso de amparo", del 4 de noviembre de 1982).

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JORGE ANTONIO BACQUÉ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que según surge del escrito que corre a fs. 14/23 la Provincia de Santiago del Estero, en el ejercicio de las que entiende como facultades propias en materia tributaria, sancionó la ley 5.464, y creó el Departamento de Control de Combustibles que, de acuerdo al citado texto legal, tendrá a su cargo el control cualitativo y cuantitativo de los combustibles líquidos y también el cumplimiento de las funciones y potestades que le acuerdan las leyes nacionales 19.511 y 21.970. Como retribución de esos servicios se estableció una tasa del 5 % sobre el precio de las naftas "súper" y "común" y del 2,5 % sobre el gas oil.

Ante esas circunstancias, la "divisional" Salta de Yacimientos Petrolíferos Fiscales cursó a los expendedores de combustibles el telegrama que corre a fs. 3, en el cual se les comunicaba que deberían abstenerse de modificar sus precios bajo apercibimiento de aplicarles las sanciones previstas en la resolución de la Secretaría de Energía N° 125/71. Requerida la rectificación o ratificación de esa medida por parte de la actora, la empresa estatal reiteró la posición expuesta en la anterior comunicación que obedecía —expresó— a directivas del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación fundadas en lo que

dispone el art. 21, inc. 31, de la ley 22.520, t. o. en 1983 (debe decir art. 22, inc. 31).

2º) Que la cuestión planteada, en tanto se suscita entre una provincia, una repartición autárquica nacional y la Nación misma, y tiene naturaleza federal, es de la competencia originaria de la Corte Suprema tal como lo destaca el dictamen del señor Procurador General. Empero, cabe indagar si el tipo de acción deducida resulta admisible.

3º) Que la pretensión de la Provincia de Santiago del Estero procura tutela jurisdiccional ante la actitud, exteriorizada a través de las comunicaciones telegráficas emitidas por Yacimientos Petrolíferos Fiscales, de no proveer “carburantes o productos e imponer sanciones, en caso de aplicar la ley 5.464 dictada por la legislatura provincial” (ver fs. 15 vta., *in fine*, 16).

4º) Que como se advierte, la Provincia persigue una declaración preventiva que impida que, en la oportunidad de ponerse en vigencia la ley que dictó su legislatura, el Estado Nacional concrete las medidas anticipadas en los telegramas mencionados anteriormente y que funda en las normas legales citadas. Se está, por consiguiente, frente a una solicitud de declaración de certeza, porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa, sino que responde a un “caso” y busca precaver los efectos de un acto en ciernes —al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal—, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto.

5º) Que en esas condiciones, la acción declarativa regulada en el art. 322 del Código Procesal, constituye un recaudo apto para evitar el eventual perjuicio denunciado por la actora y que derivaría de la suspensión de suministro del combustible, toda vez que provee a la definición, ante los estrados del Tribunal, de una relación jurídica discutida o incierta. En efecto, la sola manifestación de la entidad nacional de ejercer las medidas que expone en sus telegramas revela la existencia, en el caso de la demandante, de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual. Se configuran, de tal suerte, las exigencias que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró en algún caso: a) actividad administrativa que afecta un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo; y c) que aquella ac-

tividad tenga concreción bastante (*in re*: "Aetna Life Insurance Co. c/Haworth, 300 U.S. 227").

6º) Que como la Provincia de Santiago del Estero ha escogido la vía del amparo para formular su reclamo, corresponde considerar si resulta procedente en las circunstancias particulares del caso. En ese sentido, debe recordarse que ese proceso es de carácter excepcional, utilizable en situaciones extremas en las que, por carencia de otras vías legales peligre la salvaguarda de derechos fundamentales. Esta situación no se configura en el *sub lite* toda vez que se trata —en lo esencial— de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial para cuya solución —que cuenta entre una de las más trascendentes funciones jurisdiccionales que ejerce esta Corte por vía de su instancia originaria— parecen poco compatibles el régimen legal y los mecanismos procesales previstos en la ley 16.986.

7º) Que a esta altura del discurso, parece evidente que la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza.

8º) Que de tal manera y a tenor de lo expuesto, puede prescindirse válidamente del *nomen juris* utilizado por la Provincia para interponer su acción y atender a la real sustancia de la solicitud mediante el ejercicio de la demanda declarativa que regula el art. 322 del Código Procesal, cuya tramitación se efectuará según las reglas del proceso sumario.

Por ello, se decide: 1) Conceder a la actora el plazo de diez días para que encauce su demanda por la vía del juicio sumario (Fallos: 250:154; "Sosa, Aristóbulo y otros s/recurso de amparo", del 4 de noviembre de 1982); 2) Disponer que la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales se abstenga de toda medida que implique el cierre de las bocas de expendio de combustibles en la Provincia de Santiago del Estero o la privación de la provisión de productos a ellas, mientras se sustancia este proceso.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

(*) Al mismo tema se refiere el caso: "Hidronor S.A. c/Provincia del Neuquén", que dice así:

"DICTAMENES DEL PROCURADOR GENERAL"

Suprema Corte:

1º) La provincia del Neuquén ha intimado a la Sociedad Anónima Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica el pago de 1.655.624,20 pesos (ley 18.188) en concepto de impuesto de sellos por el contrato celebrado entre dicha sociedad y la empresa constructora de El Chocón, Impregilo Sollazzo S.A., pago que Hidronor se niega a realizar porque considera que con arreglo al art. 12 de la ley 15.336, a la ley 17.574 y al contrato de concesión aprobado por el decreto 8053/68, la provincia carece de facultades para imponer el gravamen exigido.

El Gobierno de Neuquén no ejecutó judicialmente hasta ahora el crédito que manifiesta poseer, pero no ha cesado de reclamar su pago a Hidronor por vía administrativa.

Ante tal situación de incertidumbre, dicha empresa inicia contra la provincia del Neuquén la acción declarativa prevista por el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el propósito de obtener que V.E. establezca la invalidez constitucional de los impuestos mencionados, en cuanto ellos se aplican a Hidronor S.A.

2º) La instauración de esta demanda determina la necesidad de examinar su procedencia frente a los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional puesto que, como se pondrá de manifiesto en el curso de este dictamen, los precedentes del Tribunal llevarían a concluir que el ejercicio de la acción declarativa no da lugar a un caso o causa de conocimiento del Poder Judicial de la Nación. Dada esa circunstancia, el punto debe ser considerado de oficio por V.E., en virtud de la doctrina según la cual el control constitucional de tal índole procede en el supuesto de que la reglamentación exceda los límites constitucionales de la jurisdicción propia de la Corte Suprema (Fallos, t. 238; p. 288, cons. 3º; 251:455, cons. 3º y, en sentido concordante Fallos, t. 270, p. 85, cons. 5º).

Importa señalar, al respecto, que las acciones meramente declarativas han sido consideradas por el Tribunal como ajenas al concepto de causa antes referido con fundamento en decisiones de la Corte Suprema norteamericana que, sin embargo, ha abandonado ese criterio a consecuencia de una sensible evolución en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, tanto en los países de common law como en los de derecho romano, evolución conocida en nuestro medio sobre todo a través de la obra de Chiovenda, y que ha determinado ahora la expresa adopción por el legislador argentino del instituto de la acción declarativa.

3º) El examen de la doctrina elaborada sobre el tema y del desarrollo del problema en la jurisprudencia norteamericana indica que las dificultades en torno a las acciones meramente declarativas, esto es, aquellas que, a diferencia de las

acciones de condena, no persiguen un pronunciamiento que cree en los órganos de ejecución el deber de actuar compulsivamente contra el obligado (v. Calamandrei, "Estudios sobre el Proceso Civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, p. 551 y sigs. con precisiones sobre las diversas doctrinas), se vinculan en forma directa con un concepto muy difundido, pero inexacto, acerca de la naturaleza de la función jurisdiccional.

Según dicho concepto, la misión del Poder Judicial se reduce en el orden privado a reparar las lesiones materialmente producidas en los derechos del actor mediante el ejercicio de sus facultades compulsivas y, por consiguiente, las acciones de mera certeza resultan ajenas a la esfera de aquel Poder.

No es así, por el contrario, cuando se ve la esencia de la función jurisdiccional en la individualización de la voluntad de la ley respecto de las relaciones concretas de derecho controvertidas o inciertas, y se considera la ejecución compulsiva como una consecuencia independiente y no necesaria del pronunciamiento.

Al respecto, transcribo algunos fragmentos de las relaciones efectuadas por Edwin Borchard y Chiovenda en la Conferencia Internacional de Derecho Comparado de La Haya del año 1932 —Conferencia cuyas conclusiones han sido tenidas en cuenta por los redactores del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Conf. Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", t. III, p. 79)— que ilustran magistralmente el tema (conf. Revista de Derecho Procesal, año V, primera parte, p. 523 y siguientes).

Dice Borchard acerca de la primera de las concepciones mencionadas: "Desde que el Estado monopolizó la administración de la justicia es notorio que la función esencial del Poder Judicial se dirige hacia la estabilización de las relaciones legales y hacia la paz social originada por ese medio. Las condiciones estabilizadoras y las circunstancias en cuya virtud actúan los tribunales, pueden variar de un país a otro y de una a otra época. Hasta tiempos relativamente modernos, en una mayoría de países se sostenía que la perpetración de algún daño físico, consumado o intentado, al constituir una condición previa de la actividad judicial, presentaba al Tribunal como vengador del damnificado a través de penas civiles o criminales adecuadas para restituir el equilibrio desaparecido y vindicar la ley. El concepto de Blackstone sobre la función judicial: 'los tribunales de justicia son instituidos en toda sociedad civilizada para llevar a cabo más eficazmente la reparación de los daños privados', llegó a ser el punto de vista predominante en el mundo angloamericano y, en gran parte, del mundo civilizado".

Y más adelante agrega: "A la hipótesis de que los tribunales actúan únicamente después de cometido o intentado el perjuicio, debe imputarse muy verosímilmente la responsabilidad de la difundida premisa que concibe al Poder Judicial como un órgano coactivo que actúa sobre los violadores del derecho y compone entuertos o, por lo menos, previene su inminente ejecución. De aquí, asimismo, la hipótesis de que la ejecución o las sanciones de la sentencia constituyen la característica esencialísima del Poder Judicial".

“El hecho es, sin embargo, que el Tribunal, sin compeler o restringir decide, determina, establece y fija las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto. Una sentencia de un tribunal es una afirmación por cuyo intermedio el representante social, como autoridad legítima, en nombre de la ley y del Estado, proclama las consecuencias legales que subsiguen a los hechos admitidos o probados. Es en virtud de esa determinación de la ley o sentencia que los vínculos jurídicos existen o no”.

“La facultad de impartir decisiones, el llamado Poder Judicial, es el poder de verificar derechos controvertidos, de interpretar en qué consiste o en qué ha consistido la ley. La individualización definitiva de los derechos de las partes que litigan y de sus efectos legales es lo que distingue el fallo de cualquier otra actividad público-procesal. De este modo se atribuyen al vencedor ciertos poderes y prerrogativas necesarias, se certifica sobre vínculos jurídicos preexistentes (o se los establece sobre nuevas bases) y se protegen y garantizan los derechos negados o en peligro de desconocimiento”.

“Nunca se insistirá demasiado en que la ejecución de una sentencia connota una actividad independiente del pronunciamiento y aun de la decisión que imparte el Tribunal y que la orden dirigida contra el condenado para que haga algo o se abstenga de hacerlo, si no se cumple voluntariamente, es encomendada a los funcionarios ejecutores, que constituyen órganos del Estado distintos del Tribunal que pronunció la sentencia. La función de este Tribunal se cumple y agota cuando se imparte una decisión que obliga a las partes, lo que demuestra que es la sentencia —y no la ejecución— la que enuncia los derechos y define la verdadera naturaleza del Poder Judicial. Toda sentencia, según apunta Mr. Black, no tiene en general nada de común con los actos o medios en cuya virtud se ejecuta, y realiza la responsabilidad declarada en la misma. La función declarativa, determinante y discriminatoria constituye entonces su característica diferencial”.

“La coerción o compulsión originada por un pronunciamiento, aun cuando sea indispensable para ejecutarlo, no se debe a una orden coactiva o a un acto intimidatorio o represivo, sino a la propia existencia de la decisión misma en cuanto derecho legalmente reconocido por la justicia. Muchos fallos no requieren o no tienen la posibilidad de ser materialmente ejecutados. Es cierto que fijan, con carácter irrevocable, una relación jurídica o un estado de derecho que hasta entonces permanecía desconocido o en incertidumbre, pero ahí concluye y a eso se reduce todo lo que razonablemente haya podido esperarse de dicha decisión. A través de esta función determinante o individualizadora se produce la ‘res judicata’” (Revista de Derecho Procesal, cit., p. 566/567 y 568/570).

Y al respecto señala Chiovenda: “Es ésta, verdaderamente, la función más elevada del proceso civil; el mismo se nos presenta aquí, en lugar de en la figura violenta y dura de un organismo de coacción, en el aspecto más perfeccionado y más afinado de puro instrumento de integración y especialización de la voluntad expresada en la ley sólo en forma general y abstracta; de facilitación de la vida

social mediante la eliminación de las dudas que obstaculizan el normal desarrollo de las relaciones jurídicas. Asegurar a las relaciones de los hombres la certeza, prevenir los actos ilegítimos en lugar de afectarlos con el peso de graves responsabilidades, ¡he aquí un cometido bien digno del proceso de un pueblo civilizado! Y es, además, ésta la función más autónoma del proceso. Con respecto a los bienes que pueden conseguirse también fuera del proceso, el proceso se presenta como un instituto secundario y subordinado, como un remedio para el incumplimiento de los obligados. Pero la certeza jurídica es por sí misma un bien, y este bien no puede conseguirse fuera del proceso; el mismo tiene en el proceso su única fuente" (ibíd., p. 529; asimismo, los conceptos de Chiovenda y Borchard orientan los trabajos de Eduardo Lucio Vallejo, "La acción meramente declarativa en el Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", y de Juan Carlos Hitters "La acción meramente declarativa", publicados, el primero en J. A., 1968-IV, p. 749 sec. doc. y el segundo en Revista Argentina de Derecho Procesal, núm. 3, julio-setiembre 1970, p. 363).

4º) La posibilidad de existencia de la acción declarativa se relaciona también con la naturaleza del interés que puede sustentarla. La idea básica, según Chiovenda (Rev. de Derecho Procesal, cit. p. 561), consiste en entender que se da interés suficiente cuando la situación de hecho es tal que el actor, sin la declaración judicial de certeza, sufrirá un daño, de modo que la declaración judicial se presenta como medio necesario para evitarlo.

El requisito del interés verdadero, sustancial, es mencionado en la doctrina de distintos países, según lo señala Rosenberg (Las Sentencias Declarativas, Revista de Derecho Procesal, año V, 1947, 1ra. parte, ps. 556, 564), con diversos giros idiomáticos: *intérêt nò et actual*, *intérêt légitimo*; *intérêt immédiat*, *intérêt équitable*. Si tal requisito aparece satisfecho en un caso dado, habrá de determinarlo el juez de manera prudente y atendiendo pautas que surgen muy bien de la exposición de Chiovenda y del artículo de Rosenberg.

Así, son casos típicos de interés la negación pública de un derecho que el actor juzga poseer, la jactancia de un derecho por parte del demandado, asimismo la falta de certeza en manifestaciones de voluntad de las que Chiovenda ofrece un verdadero catálogo de hipótesis en su trabajo sobre el tema incluido en los "Ensayos de Derecho Procesal Civil" (cf. la traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1940, t. 1, p. 198/200).

5º) Es preciso advertir que, en cambio, la admisibilidad de la acción declarativa no se subordina a la naturaleza del derecho discutido.

Así resulta de la legislación, jurisprudencia y doctrina de los países anglosajones, en los cuales la tutela de los derechos públicos subjetivos está confiada a los tribunales ordinarios, al igual de lo que ocurre en la Argentina, y también en otras naciones ajenas a la tradición jurídica anglosajona (cf. Lascano, Jurisdicción y Competencia, Buenos Aires, 1941, p. 194 y sobre la aplicación de la

acción meramente declarativa en el derecho público de los países anglosajones, Borchard, *Judicial Relief for Peril and Insecurity*, *Harvard Law Review*, 1932, t. 45, p. 793, desde la p. 839 en adelante).

Por otra parte, Rosenberg que, por las características de su derecho patrio, similar en esta materia al contencioso administrativo francés, se mueve en un ámbito en el que la intervención de los tribunales comunes en cuestiones de derecho público es excepcional, dice en el ensayo ha poco citado: "Casi siempre el derecho o la relación jurídica pertenecerá al derecho privado, pero puede también corresponder al derecho público, en cuanto los tribunales civiles sean llamados a decidir sobre cuestiones de derecho público. Así sucede, por ejemplo, en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica en donde se han admitido a menudo acciones merodeclarativas sobre el derecho a exigir un impuesto y, además, como sucede también en Holanda, sobre la legitimidad de actos administrativos" (*Revista de Derecho Procesal* mencionada, p. 563, vid. igualmente Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, p. 105; Schönke, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, p. 155, parág. 44, III, núm. 3 a), *in fine*).

De lo expuesto surge que no parece acertado el criterio según el cual el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial tiende a tutelar sólo las relaciones de derecho privado y no comprende los actos realizados por órganos públicos en ejercicio de su poder de policía (fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, citado por Colombo, t. I, parág. 19, p. 90).

6º) El análisis de la cuestión planteada exige no sólo referirse a la procedencia de la acción declarativa como tal, sino también a su pertinencia como medio para obtener el ejercicio del control de constitucionalidad confiado a los tribunales de justicia.

Es frecuente, en efecto, la confusión entre el control constitucional concreto provocado por una acción declarativa y el que puede llamarse abstracto, que es ajeno al derecho federal argentino.

En el control abstracto, cuyo más notorio exponente se encuentra en la República Federal Alemana, la intervención del órgano encargado de la tutela constitucional no importa el ejercicio de funciones propiamente jurisdiccionales, ya que no se determina ni reconoce ningún derecho subjetivo a favor de una persona en concreto. La actuación del órgano aludido aparece más bien como legiferante, y su decisión tiene carácter anulatorio general de la norma cuestionada. Se trata, pues, de un poder que se desenvuelve en el campo de la normación general, y es puesto en movimiento por el empleo de una atribución especial de derecho público (en Alemania, por el Gobierno Federal, por un gobierno local o por un tercio de los miembros del Bundestag; cf. el volumen del Max Flank Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, titulado "Verfassungsggerichtsbarkeit in der Gegenwart", Colonia, Berlín 1962, relación de Friesenhahn, cap. II, núm. 1 a), p. 108).

En el sistema de control constitucional concreto la atribución ejercitada es en cambio estrictamente judicial. El Tribunal interviene para dar certeza a una relación jurídica controvertida, y su pronunciamiento tiene por efecto inmediato reconocer el derecho de una de las partes en litigio frente a otra, de un administrado contra la administración, o viceversa. De tal guisa, la conservación de la Ley Fundamental se realiza por la tutela de los derechos constitucionales de los habitantes —lo que incluye el control sobre la formación correcta de las normas tanto respecto de la competencia de los órganos como del procedimiento de sanción (cf. el vol. cit., artículo de Friesenhahn, p. 121, núms. 4 y 122)—, mediante la declaración de nulidad de los preceptos que afectan aquellos derechos (vol. cit., loc. cit., p. 161, b, y 189, *in fine* y 190). Esta declaración, como es propio de los pronunciamientos judiciales, sólo tiene eficacia "inter partes".

Para establecer si en este régimen de control constitucional cabe admitir la acción declarativa es indispensable referirse a la evolución, antes mencionada, de la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, puesto que la organización constitucional de ese país fue modelo de la nuestra, y a ella se remiten los precedentes de V.E. en esta materia (Fallos, t. 115: p. 163; t. 166, p. 318; t. 242, p. 354; t. 255, p. 262; t. 256, p. 104) al igual que en tantas otras.

7º) Para comprender el desarrollo de la doctrina norteamericana es preciso tener en cuenta que cuando se puso allí en práctica el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad a través del pronunciamiento "in re" "Marbury v. Madison", un sector importante de la opinión pública se negaba a admitir, debido a la influencia de las ideas revolucionarias francesas, cualquier tipo de control judicial sobre la actividad legislativa o administrativa (conf. "Verfassungsgerichtsbarkeit", etc.; cit. ps. 351 y siguientes).

Por ese motivo fue preciso poner especial acento en que no se trataba de reeditar el poder de voto que se habían arrogado los jueces del antiguo régimen y, en consecuencia, se insistió una y otra vez en que los tribunales sólo debían dejar de aplicar las leyes opuestas a la Constitución en los casos y controversias que les fueran sometidos, lo cual exigía la existencia de partes realmente adversarias, con intereses legales opuestos. Esto es, el Poder Judicial podía y debía apartarse de la voluntad legislativa en homenaje a la voluntad de la Constitución, pero únicamente actuando como verdadero organismo jurisdiccional frente a un caso o controversia.

Si esta idea original se hubiera desarrollado en un medio en el que se observaran sin modificaciones los conceptos expuestos por los procesalistas anglosajones clásicos, según los cuales la base de la actuación del Poder Judicial se encuentra en la violación de algún deber u obligación, de modo que sea necesario el restablecimiento compulsivo del "statu quo ante" (vid. el artículo ya citado de Borchard en la Harvard Law Review, vol. 45, año 1932, ps. 793/794, en particular nota núm. 2), el control judicial de constitucionalidad habría tenido un desen-

volvimiento muy restringido, tanto más cuanto que el Estado Federal y los Estados miembros gozan todos de inmunidad soberana.

Sin embargo, como bien advierte Borchard, es fácil observar en las definiciones más corrientes sobre los conceptos de "Poder Judicial" y "caso o controversia" un añadido o reserva en el sentido de que la lesión (wrong) debe ser actual o por lo menos tentada (cf. en el loc. cit. anteriormente las definiciones de Salmond y Holland).

Esto no es sino una referencia al poder de emitir "injunctions", que se ejercita tradicionalmente no ante la consumación de un daño, sino para prevenir la irrogación de un perjuicio inevitable de otra manera (cf. el artículo citado de Borchard en la *Harvard Law Review*, p. 795), y es una pieza esencial del sistema de control jurisdiccional, pues tales remedios van dirigidos in personam contra los funcionarios que han de cumplir normas inconstitucionales. La Corte Suprema norteamericana consideró desde sus orígenes ("*Osborn v. United States Bank*", 9 Wheat. 738) que la ejecución de normas inválidas despoja al funcionario, en ese ámbito, de su carácter oficial (cf. A. y S. Tunc, *Le Systeme Constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, t. II, núm. 262, p. 308 y sigs.; y asimismo, Lascano, op. cit., p. 134; Ayarragaray, *Sentencias Declarativas*, 1950, ps. 74/75; y Silva, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV, voz "Inconstitucionalidad", ps. 396/397).

Las dificultades de este remedio estriban en el requisito tradicional que lo subordina a la demostración de la posibilidad de un daño irreparable cuya irrogación no cabe evitar usando otra vía legal. Asimismo, el peticionante se ve sometido a una serie de gravámenes procesales mencionados por Borchard en el artículo ya recordado de la *Harvard Law Review*, t. 45, año 1932, p. 793 (*Judicial Relief for Peril and Insecurity*, p. 839, texto y nota 152).

No obstante, el "injunction" llegó a consagrarse como el procedimiento más común y eficaz para discutir la validez constitucional de las leyes, tanto más cuando, en época más cercana se consideró que la sola existencia de una norma cuyas sanciones tuvieran carácter penal era suficiente amenaza para el derecho de las personas que razonablemente pudieran considerarse próximas a realizar las acciones reprimidas por la ley, sin exigirse que incurrieran primero los interesados en la conducta prohibida.

Así se resolvió en los casos "*Terraco v. Thompson*" (263 U.S. 197, año 1923), "*Pierco v. Society of Sisters*" (268 U.S. 510, año 1925) y "*Village of Euclid v. Ambler Co.*" (272 U.S. 965, año 1926), en los que se admitió el remedio contra los representantes del Estado para prohibirles perseguir a los demandantes cuando éstos realizaran la conducta vedada.

Parecía lógico, después de estos últimos precedentes, admitir que no era característica esencial de toda sentencia la posibilidad de acarrear ejecución, y también que la incertidumbre sobre los derechos de las partes, de la cual se siguiera un real perjuicio, bastaba para sustentar la intervención judicial.

Efectivamente, la jurisprudencia posterior llegó a admitir ambas conclusiones, no sin alternativas que suscitaron vivo interés.

Cabe consignar primeramente a este respecto que años antes de iniciarse la serie de precedentes que condujo a la admisión de las acciones de mera certeza, se produjo un caso, del que hizo mérito la jurisprudencia argentina (Fallos: t. 115, p. 163), en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que no era controversia justiciable una acción que realmente parecía declarativa ("Muskrat v. United States", 210 U.S. 346, año 1910).

Se trataba de lo siguiente: varias personas de la tribu Cherokee, por sí y por los demás integrantes de la tribu en situación similar a la suya se presentaron al Congreso alegando la inconstitucionalidad de determinadas leyes de los años 1904 y 1906 que imponían restricciones a la disposición de tierras asignadas antes a los miembros del grupo y aumentaban el número de participantes en la distribución final de tierras.

El Congreso autorizó se siguiera una demanda contra los Estados Unidos ante el Tribunal de Reclamaciones (Court of Claims) con apelación a la Corte Suprema.

Esta decidió, en definitiva, que no se hallaba frente a un caso o controversia en el sentido de la Constitución. La definición de Poder Judicial de la que partió fue la clásica de Miller (citada en Fallos, t. 115, p. 163 y t. 156, p. 818) que, en verdad, pone énfasis en el carácter determinativo del pronunciamiento y no establece como "conditio sine qua non" que aquél requiera ejecución coactiva para producir efecto (La definición reza: el "Poder Judicial... es el poder de un tribunal para decidir y pronunciar una sentencia y llevarla a efecto entre personas y partes que llevan un caso a él para su decisión" —"judicial power... is the power of a court to decide and pronounce a judgment and carry it into effect between persons and parties who bring a case before it for decision"—).

En la definición de caso o controversia, tomada del juez Field, aparece ya la noción de Poder Judicial entendido sólo como función reparadora de agravios ("El artículo judicial de la Constitución menciona casos y controversias. El término 'controversias', dado que de algún modo sea distinguible de 'casos', lo es en cuanto él es menos comprensivo que el último, e incluye sólo procesos de naturaleza civil. *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall., 431, 432, 1 Tuck. Bl. Comm. App. 420, 421 —se refiere a la edición de los Comentarios de Blackstone hecha por Tucker—. Por casos o controversias se entiende los reclamos de litigantes llevados a los tribunales para su determinación mediante los procedimientos regulares tales como son establecidos por la ley o la costumbre para la protección o ejecución de derechos, o la prevención, reparación o punición de ilícitos. Siempre que el reclamo de una parte fundado en la Constitución, leyes, o tratados de los Estados Unidos tome tal forma que el Poder Judicial sea capaz de actuar sobre él, entonces ha resultado un caso. El término implica la existencia de partes

adversarias presentes o posibles cuyos diferendos se someten al tribunal para su decisión") ("The judicial article of the Constitution mentions cases and controversies. The term controversies, if distinguishable at all from 'cases' is so in that it is less comprehensive than the latter, and includes only suits of a civil nature. *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. 431, 432; 1 Tuck, B1. Comm. App. 420, 421. By cases and controversies are intended the claims of litigents brought before the courts for determination by such regular proceedings as are established by law or custom for the protection or enforcement of rights, or the prevention, redress, or punishment of wrongs. Whenever the claim of a party under the Constitution, laws, or treaties of the United States takes such a form that the judicial power is capable of acting upon it, then it has become a case. The term implies the existence of present or possible adverse parties whose contentions are submitted to the court for adjudication" 219, U.S. 346, ps. 356/357).

A ello une el fallo dictado en el caso "Muskrat" las ideas de "antagonistic assertion of rights", "actual controversy", "adverse interests" y "actual litigation" (ps. 359, 361 y 362), ciñéndose así al concepto de poder judicial que conduce a negar las acciones de mera certeza.

A este criterio se atuvo el Tribunal cuando en 1926 le fue planteado en mejores términos el problema de las acciones declarativas. Y pese a que las circunstancias del caso ("*Liberty Warehouse Co. v. Grannis*", 273 U.S. 70) eran análogas a las de los ya citados precedentes de 263 U.S. 197 y 268 U.S. 510 en los que se había solicitado y concedido "injunction", esta vez se declaró que no existía controversia justiciable por no haberse pedido tal remedio o alguna otra clase de condena (p. 73, al pie).

Este último requisito fue explícitamente abandonado bien pronto al fallar tres meses después la Corte en los autos "*Fidelity National Bank v. Swope*" (274 U.S. 123), referentes a una demanda de nulidad de certificados de deuda por una contribución extraordinaria de mejoras.

Las circunstancias eran las siguientes: la ciudad de Kansas decidió realizar obras de gran importancia en su mayor avenida; estableciendo la obligación de aportar para ellas a todos los propietarios de la zona beneficiada, que delimitó la ordenanza respectiva.

La fijación de los importes se confió a los tribunales del condado, ante los que la Municipalidad demandó a los propietarios obteniendo caso por caso la determinación judicial del monto a percibir con arreglo a las pautas de la ordenanza cuya constitucionalidad fue incluso discutida en los litigios así entablados y concluidos con sentencias que quedaron firmes. El "*Fidelity National Bank*" recibió en transferencia créditos así determinados, y cuando se demandó su anulación por considerar los accionantes violatoria de derechos constitucionales a la ordenanza, opuso el banco la excepción de cosa juzgada. Los demandantes alegaron que los procesos verificados ante los tribunales del condado no eran, por su carácter declarativo, verdaderos casos que pudieran dar lugar a la "res judicata".

La Corte Suprema declaró que si bien ordinariamente un caso o controversia termina en una sentencia que requiere mandato de ejecución para llevarla a efecto, tal mandato no es complemento indispensable de la función judicial (p. 132). Y la Corte recordó que en la práctica las cuestiones de naturalización y estado civil, o las promovidas por un fideicomisario para la interpretación de un testamento, el requerimiento del que tiene posesión de un bien reclamado por dos personas para que se determine cuál es el título legítimo (bills of interpleader, so far as the stakeholder is concerned); las demandas de prescripción adquisitiva (bills to quiet title where the plaintiff rosts his claims on adverse possession), eran ejemplos familiares de procedimientos judiciales que finalizan en una determinación de los derechos de los litigantes aunque no es necesaria ninguna ejecución para llevar a efecto la sentencia en el sentido de que no se requiere el pago de indemnizaciones o el cumplimiento de actos por las partes. Finalmente, también las causas de nulidad de un título de crédito fraudulentamente obtenido habían sido considerados como casos en el sentido de la Constitución (la Corte citó el antecedente "La Abra Silver Mining Co. v. United States", 175 U. S. 423).

La importancia del pronunciamiento emitido en "Fidelity National Bank" no radicaba sólo en el rechazo de la ejecutoriedad como requisito indispensable de una verdadera sentencia judicial. Aparte de esto, la acción de certeza que la Corte Suprema declaraba caso o controversia en el sentido constitucional no se había iniciado a raíz de ninguna amenaza de comportamiento lesivo o de algún tipo de discusión extrajudicial de las partes, sino porque una de ellas necesitaba la determinación exacta y definitiva de sus créditos para realizar la obra pública proyectada, vale decir, pues, que, aun cuando el Tribunal Supremo no lo dijere expresamente, parecía también abandonada la exigencia de la lesión material presente o por lo menos tentado como presupuesto de la intervención jurisdiccional. Y ello era natural pues, como lo he expresado antes, la sentencia de mera certeza tiene su encuadramiento lógico en un concepto del poder judicial que lo concibe como destinado a establecer imperativamente, en concreto, el orden de las relaciones discutidas o inciertas que la ley regla en abstracto.

Con posterioridad al fallo citado, la Corte Suprema emitió decisiones contradictorias sobre el punto ("Willing v. Chicago Auditorium" (277 U. S. 274), "Old Colony Trust Co. v. Comissioner of Internal Revenue" (279 U. S. 716); "Piedmont y Northern Ry. v. United States" (230 U. S. 469).

La situación se aclaró por fin en el célebre caso "Nashville, Chattanooga y Saint Louis Railway Co. v. Wallace Comptroller of the Treasury of Tennessee et. al." (288 U. S. 249, año 1933).

La acción tendía a impedir el cobro compulsivo de impuestos impugnados de inconstitucionalidad, ya determinados y cuyo pago había sido exigido. Dado ese supuesto normalmente se concedía el "injunction". Pero en la especie no se impetraba a tal remedio sino una mera declaración de certeza, mediante acción iniciada ante los tribunales del Estado de Tennessee, con arreglo a la ley sobre sentencias declarativas allí vigente.

Cuestionada la naturaleza de caso en el sentido constitucional atribuido al proceso llegado en apelación a la Corte Suprema, ésta declaró que efectivamente el procedimiento seguido investía dicho carácter.

Las consideraciones del pronunciamiento que emitió en nombre de la Corte el juez Stone fueron las siguientes: a) la controversia era suficientemente real y concreta, y conformaba, por tanto, una cuestión justiciable; b) el problema a tratar radicaba, pues, en si una controversia de tal género cuyo carácter de caso contencioso no hubiera sido puesto en duda de solicitarse "injunction", dejaba de serlo por pedirse la simple determinación del derecho; c) la respuesta fue que no dejaba de constituir un verdadero caso, dado que no era requisito indispensable de toda decisión judicial la posibilidad de llevar aparejada ejecución.

Cuando en 1934 se sancionó en los Estados Unidos la ley federal de sentencias declarativas, ella estableció que procedería en supuestos de "actual cases or controversies".

La Corte Suprema al declarar ("Aetna Life Insurance Co. v. Haworth", 300 U. S. 227) con apoyo en la doctrina del fallo emitido en los autos "Nashville Chattanooga y St. Louis By. Co. v. Wallace", la validez constitucional de aquella ley, subrayó que el adjetivo "actual" era más enfático que definitorio. Según lo destacó el Chief Justice, Mr. Charles Evans Hughes, lo importante era que existiese una "controversia real y sustancial, que admitiese solución específica mediante una decisión de carácter definitivo".

De allí en más, sólo restaba precisar las pautas del interés suficiente capaz de dar lugar a un caso real y sustancial.

Los fallos posteriores indican que la Corte Suprema ha aplicado criterios que caben dentro de las ideas propiciadas por Borchard como índices para determinar la existencia de legitimación para obrar, es decir, que haya un conjunto de hechos dotados de eficacia ("aggregate of operative facts") de suficiente madurez (ripeness), que produzca inseguridad acerca de la situación jurídica del actor y que ponga en peligro su tranquilidad espiritual, su libertad o sus intereses pecuniarios, pautas que Roberto Goldschmidt encuentra análogas a las de la doctrina alemana (cf. "La Sentencia Declarativa", de dicho autor, en la Revista de Derecho Procesal, año 1, 1943, primera parte, ps. 380, 390, artículo consagrado a comentar la obra de Borchard "Declaratory Judgements", ed. 1941, de la cual no dispongo).

Como ejemplo ilustrativo me interesa recordar, en primer término, el caso "Maryland Casualty Co. v. Pacific Coal y Oil Co." (312 U. S. 270, año 1941) en el cual el juez Murphy, manifestando la decisión del Tribunal Supremo favorable a la admisibilidad de la acción, expresó: "La diferencia entre una cuestión abstracta y una 'controversia' prevista por la ley de sentencias declarativas es necesariamente una diferencia de grado, y sería difícil, sino imposible, establecer un patrón definido para determinar en todo caso cuándo hay tal controversia. Bási-

camente, la cuestión es en cada caso si los hechos alegados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, muestran que hay una sustancial controversia, entre partes que tienen intereses legales opuestos, de suficiente inmediatez y realidad para autorizar la emisión de una sentencia declarativa. (Ver "Aetna Life Ins. Co. v. Haworth", 300 U.S. 227, 239-242). Es irrelevante que frecuentemente, en los procedimientos por sentencia declarativa, la posición de las partes en un proceso corriente esté invertida: la cuestión discutida es la misma en cualquiera de los dos casos" (p. 273).

Respecto de la aplicación de estas pautas a cuestiones de derecho público cabe subrayar que se admite la acción de certeza para cuestionar la validez de una ley que impone restricciones tachadas de inconstitucionalidad cuya violación se reprime con penas corporales, sin necesidad de correr el riesgo de violar la norma. Al respecto se dijo en el asunto "Evers v. Duyer" (368 U.S. 202, año 1958): "Un residente de una municipalidad (una persona de color) que no puede hacer allí uso de los medios de transporte sin sujetarse según la ley a ciertas inhabilitaciones, tiene necesariamente, pensamos, un interés sustancial, inmediato y real respecto de la validez de la ley que impone la inhabilitación" (p. 204).

Un criterio análogo aplicable a las regulaciones de carácter económico se halla en "Curran v. Wallace", 306 U.S. 1, año 1938, en tanto la decisión de la mayoría "in re" "United Public Workers v. Mitchell" (339 U.S. 75) se aparta de él, con terminantes disidencias de los jueces Black y Douglas, pero obsérvese que se trata de un caso anterior al citado en el párrafo precedente.

En el fallo emitido en los autos "Poe v. Ullun", 367 U.S. 497, año 1961, la Corte se dividió, en cambio, por ser dudosa la posibilidad de que la pena consignada en la ley llegara a aplicarse.

Esto conduce a destacar que el Tribunal Supremo norteamericano mantiene con la mayor firmeza que la acción declarativa no es pertinente cuando se la emplea para obtener un pronunciamiento de carácter consultivo ("advisory") sobre una situación de hecho hipotético, de conformidad con lo expresado "in re" "Electric Bond Co. v. Securities and Exchange Commission" (303 U.S. 419, p. 443), donde se agrega con referencia a las circunstancias específicas del caso: "El ofrece un conjunto de controversias hipotéticas que pueden no llegar a ser nunca reales. Somos invitados a entrar en una indagación especulativa con el propósito de invalidar disposiciones legales cuyo efecto en situaciones concretas, todavía no desarrolladas, no puede percibirse definitivamente. Debemos declinar esta invitación" (vid. asimismo "Ashwander v. Valley Authority", 207 U.S. 288, p. 324).

Con este principio se vincula la exigencia concerniente a que en general se aguarde la realización de procedimientos administrativos antes de atacar la constitucionalidad de la ley que los autorice o prescriba ("Eccles y Peoples Bank", 333 U.S. 426), pero esto es una simple pauta y no un criterio rígido, como lo indica

la decisión emitida "in re" "Public Utilities-Commission of California v. United States" (355 U.S. 534, año 1958). La demanda declarativa había sido iniciada por el Gobierno Federal a raíz de que una ley local otorgaba a la comisión de referencia atribuciones que podrían interferir con privilegios correspondientes al transporte de materiales de propiedad nacional. La Corte halló que la sola manifestación del organismo administrativo estadual en el sentido de que usaría tales poderes bastaba para demostrar la existencia de interés real y concreto susceptible de fundar la acción.

El caso viene a indicar, además, que este tipo de acciones es útil tanto para la tutela de los derechos individuales cuanto de las atribuciones del Estado Federal frente a los Estados miembros y viceversa.

Terminado este análisis, cabe afirmar que el sistema de control constitucional norteamericano es de carácter concreto, pero se ejerce no sólo por vía reparatoria o retributiva, sino también preventiva, desde sus mismos orígenes, a través del "injunction" y remedios similares, que la acción declarativa complementa y perfecciona. Rasgo característico de ese régimen es la posibilidad de impedir la ejecución de las leyes inconstitucionales mediante pronunciamientos que sólo valen "inter partes" y para cuya omisión se exigía antes la existencia de una amenaza de daño irreparable por otra vía y ahora que medie un interés real y sustancial en el pronunciamiento, sin que como principio sea necesario, en los supuestos de normas dotadas de sanción penal, correr el riesgo de las consecuencias de su violación para obtener que se determinen judicialmente los derechos invocados.

8º) El régimen argentino no ha seguido los mismos lineamientos. Aquí el control jurisdiccional de constitucionalidad se ejerce en unos casos directamente por vía reparatoria cuando se persigue la indemnización del daño ocasionado por el cumplimiento de las normas inválidas (Fallos, t. 179, p. 169 y t. 262, p. 22, consid. 3). Otro tipo de tutela está reservado para aquellos que conculcan las normas impugnadas y logran evitar la sanción mediante un pronunciamiento absoluto fundado en la inconstitucionalidad de aquéllas. Pero el riesgo de la transgresión es precio inevitable de la protección jurisdiccional buscada.

También tiene importancia la defensa de inconstitucionalidad en la esfera civil, y es la generalmente empleada para obtener la desestimación de pretensiones fundadas en normas inválidas, o para lograr la admisión de las basadas en preceptos cuya aplicación se halla limitada por disposiciones inconstitucionales.

En cambio, ha sido ajena a nuestro derecho la institución de los mandatos positivos o prohibitivos de los jueces a los funcionarios públicos tendientes a forzar el cumplimiento de la ley o de la Constitución ("injunctions" y recursos similares). Respecto de ello importaba excepción el recurso de hábeas corpus.

Ahora, particularmente después de la sentencia recaída "in re" "Outon, Carlos José" (Fallos, t. 267, p. 215), ha quedado admitido, en cierta medida, este tipo de remedios, a condición de que —como en el "injunction" tradicional—

exista la posibilidad de un daño irreparable por otra vía, incluso para declarar por excepción la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y ordenanzas. Y, por las circunstancias del caso aludido, sirvió para reparar una lesión presente y evitar que se siguiera produciendo en el futuro.

Dentro de estas características generales, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente y desde antiguo, sobre la admisibilidad de acciones declarativas y especialmente en materia constitucional. Los fallos de los últimos años han precisado el criterio que puede reputarse actual, y en cuya virtud el tribunal excluye tal tipo de acciones de la categoría de causas en el sentido de los arts. 100 y 101 de la Ley Fundamental.

El razonamiento comienza por establecer la idea básica del control concreto de constitucionalidad, afirmando con todo acierto en Fallos, t. 242, p. 353, que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutivas y legislativa exigen que el requisito de la existencia de un caso o controversia judicial sea observado rigurosamente para preservar el principio de la división de poderes.

Después, en Fallos, t. 243, p. 176, se dice que tales casos o causas, en los términos de los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional son aquellos que contempla el art. 2º de la ley 27, con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los casos contenciosos. De allí extrae el fallo, a renglón seguido, la exacta idea de que están excluidas las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad, o sea, agrego, de conformidad con los conceptos desarrollados en la parte 6ª de esta vista, la actuación de los tribunales que importa participar en el ejercicio del Poder Legislativo mediante el control abstracto de constitucionalidad.

Luego se formula en el fallo una aserción algo ambigua pero que, sin embargo, no importa de modo necesario adherir a la tesis que persiste en considerar al Poder Judicial sólo como función reparadora y retributiva de lesiones materialmente causadas al derecho ajeno.

La afirmación referida indica que no cabe declarar la inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes en tanto su aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera la revisión del punto constitucional propuesto (pronunciamiento cit., cons. 2º).

Como se recordará, la jurisprudencia norteamericana demanda, en principio, para considerar satisfecho el requisito del interés en la impugnación de leyes que prescriben o autorizan una determinada actividad administrativa, que las normas hayan tenido cierto grado de aplicación.

Y, precisamente, en el ya mencionado considerando 3º de Fallos, t. 242, p. 353 (p. 362), sobre el cual se funda la decisión de Fallos, t. 43, p. 176, se había aludido a la "concurrir opinion" del juez Frankfurter en un caso, célebre más

bien por otros aspectos ("Anti-Fascist Committee v. Mac Grath", 341 U.S. 123, 149 al pie), en el cual dicho magistrado, luego de destacar la necesidad de la existencia de "caso" o "controversia" como premisa para el ejercicio del poder judicial, señala que el requisito de una lesión como presupuesto del proceso, definida primero como entuerto (wrong) y luego con los conceptos —de inspiración más actual, agrago— enunciados en el caso "Aetna Life Ins. Co. v. Haworth" (examinado en la parte VII, p. X), se resuelve en ciertas pautas, a saber: a) si la acción (administrativa) impugnada afecta sustancialmente en algún momento los intereses legales de alguna persona; b) si la actividad cuestionada afecta al peticionante en forma suficientemente directa, y c) si ella ha llegado a una concreción bastante en el ámbito administrativo (ibíd., p. 152. Las severaciones genéricas de la p. 150 que parecen reproducir la antigua posición de la Corte "in re" "Willing v. Chicago Auditorium" —277 U.S. 274—; conf. "Kenneth Culp Davis", "Administrative Law Treatise", St. Paul, Minn., 1958, vol. 3, p. 128. están aclaradas por estos conceptos posteriores).

Los principios mencionados en los dos fallos aludidos (t. 242, p. 353 y t. 243, p. 176) no contenían, pues, en sus enunciados, concepto alguno que obligara a rechazar la posibilidad de la acción declarativa en el orden federal.

No obstante ello, en Fallos, t. 245, p. 552, la Corte dedujo como consecuencia directa de tales principios que la aplicación de las leyes de la Nación no puede impedirse por medio de una acción declarativa de inconstitucionalidad.

En la sentencia aludida se tiene como punto de partida la necesidad de que el control judicial de constitucionalidad sea ejercitado en casos o controversias, necesidad que emana del principio de la división de poderes.

Pero no sólo el control de constitucionalidad, sino todo ejercicio de la jurisdicción de los tribunales federales requiere la existencia de caso o controversia en el sentido constitucional. Esto es lo que significa el considerando segundo del fallo, cuando afirma, citando la sentencia del t. 243, p. 176, que casos o causas en los términos de los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional son los contemplados por el art. 2º de la ley 27, con la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los casos contenciosos.

Resulta, entonces, que la base del razonamiento viene a ser formulada de este modo: el control judicial de constitucionalidad importa el ejercicio del Poder Judicial federal, y dicho Poder únicamente se extiende a los casos o causas de los arts. 100 y 101 de la Constitución.

De esta premisa se va, "per saltum", a la conclusión consistente en que el cumplimiento de las leyes nacionales (y lo mismo se dirá respecto de las provinciales: Fallos, t. 260, p. 45), no ha de impedirse por medio de acción declarativa.

Resulta, en consecuencia, implícitamente declarado que las acciones de aquel género no comportan casos o causas en el sentido constitucional. Así se lo expli-

cita por lo demás en Fallos, t. 256, p. 104, al sostener la Corte (consid. 5º, p. 110) que "la necesidad de que las causas en que se plantean cuestiones constitucionales persigan la determinación de derechos debatidos entre partes adversarias y deban conducir a la condena o absolución de alguna de ellas... es exigencia necesaria del principio de coordinación y separación de los poderes, que impone al Judicial la permanencia en el ámbito jurisdiccional y le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados". Y, del mismo modo, en Fallos, t. 260, p. 45:... "es jurisprudencia reiterada de esta Corte que, en el orden nacional, no existe acción declarativa de inconstitucionalidad (Fallos, t. 256, p. 104 y 386)... Que se sigue de lo dicho que la causa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma provincial, sin objeto de condena ni de otra concreta tutela judicial, es insusceptible de admisión en jurisdicción federal, por estar vedado a los jueces nacionales resolver cuestiones abstractas o genéricas... Que a los fines de obviar lo expresado... es insuficiente la sola reserva de una ulterior demanda por daños y perjuicios... Que la misma conclusión corresponde con respecto a las posibles 'medidas o resoluciones' de las autoridades provinciales en tanto lo requerido en la demanda no conduzca a sentencia de condena en los términos antes señalados".

En el considerando 3º de Fallos, t. 256, p. 104, citado en el precedente que parcialmente acabo de transcribir, se hace mérito de la doctrina constitucional norteamericana. Ahora bien, ya he examinado "in extenso" dicha doctrina, cuyos principios actuales se oponen a las ideas reflejadas en las argumentaciones "sub examen", fundamento, entre nosotros, del rechazo de la acción declarativa.

Pero, para destacar mejor tal circunstancia, señalaré un pasaje del "leading case" de 300 U.S. 227 ("Aetna Life Ins. Co. v. Haworth"), en el cual no me detuve particularmente al estudiar la evolución experimentada sobre la materia en la jurisprudencia del Alto Tribunal de los Estados Unidos.

Dicho párrafo es el "dictum" pronunciado por Charles Evans Hughes que se halla en la p. 240 "in fine" 241 y reza así: "La controversia debe ser definida y concreta, tocante a las relaciones jurídicas de partes que tengan intereses legales opuestos... Ella debe ser una controversia real y sustancial que admita remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo, entendida como diferente de una opinión que advierta cuál sería la norma en un estado de hecho hipotético... Cuando hay caso concreto tal que admita una inmediata y definitiva determinación de los derechos legales de las partes en un procedimiento contradictorio con arreglo a los hechos alegados, la función judicial puede ser adecuadamente ejercida aunque la fijación de los derechos de los litigantes pueda no requerir el mandato de ejecución o el pago de daños".

En resumen, la no admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad depende de la idea según la cual no existe proceso sin petición de condena, ni válido ejercicio del Poder Judicial que no presuponga una lesión materialmente perpetrada o tentada al menos contra el derecho para el cual se procura tutela.

Vale decir, pues, que el impedimento a la acción declarativa, en materia constitucional, o en cualquier otra, halla su fuente en nociones acerca del proceso y la función jurisdiccional que ya no cabe sostener sin rechazar los resultados a los que a través del desarrollo de las ideas jurídicas y el perfeccionamiento de los mecanismos institucionales, han arribado la legislación, jurisprudencia y doctrina de los países de nuestra propia órbita jurídico-cultural, especialmente Italia y Alemania, de tan decisiva influencia para nuestra dogmática, y los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo régimen de control constitucional rige en la República, como se lo recuerda en Fallos, t. 255, p. 262 (consid. 19), y fue solemnemente declarado, siguiendo las concepciones de los creadores de la Constitución, en la época inicial de la Corte Suprema de Justicia (Fallos, t. 32, p. 120; p. 127, supra y t. 33, p. 162, consid. 24º, p. 193).

9º) El sentido de la doctrina de la Corte según surge de sus términos y de la jurisprudencia anterior con la cual entronca (Fallos, t. 130, p. 107), es, objetivamente, el indicado: no existe acción declarativa en materia constitucional porque en el orden federal no puede existir acción declarativa de ningún tipo, ya que tal clase de acción no está incluida en los casos o causas a los cuales se extiende el Poder Judicial de la Nación.

Sin embargo, el énfasis puesto en la afirmación de que no existe en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad parece sugerir una reserva en cuanto a la posibilidad de acciones declarativas vinculadas a otra clase de relaciones jurídicas.

Ciertamente, tal conclusión no sería compatible con el ordenamiento conceptual en el que se inscribe la doctrina comentada, pues su validez lógica depende por completo de que se rechace la sentencia de certeza como ejercicio propio del poder jurisdiccional. Este, cuando ejercita el control de índole constitucional, debe hacerlo cumpliendo funciones adecuadas a su naturaleza. Ergo, si la sentencia declarativa no es de verdadera índole judicial, no cabe emitir nunca un pronunciamiento meramente declarativo. En fin, si hay acciones declarativas de algún orden, las puede haber en el constitucional. Y como ejemplo de que la Corte ha sido congruente con esta posición, conviene tener en cuenta la sentencia de Fallos, t. 184, p. 358, cual estableció la improcedencia del recurso extraordinario contra una sentencia declarativa referente a las retribuciones de los abogados y procuradores designados por el Banco Central en la liquidación de una entidad de crédito, punto vinculado a la ley federal 12.156.

No obstante, sin advertir la deficiencia lógica del planteo en cuanto se lo formula junto con consideraciones derivadas del razonamiento tradicional, la decisión de Fallos, t. 243, p. 176, consid. 2º (íd. Fallos, t. 249, p. 221), da bases de las que podría emerger un argumento sólo utilizable contra la acción declarativa de inconstitucionalidad, al destacarse, junto con razones derivadas de la argumentación tradicional, que la presunción de validez de las leyes se opone a que se impida su cumplimiento por vía de aquella acción. Esto es, no se

opondría solamente contra el instituto de la acción declarativa, obstáculo fundado en concepciones determinadas sobre la función jurisdiccional sino que, además, la presunción de validez de los actos legislativos vedaría su empleo en materia constitucional.

Mas, ¿qué significa la aludida presunción?

De conformidad con la jurisprudencia norteamericana, la carga de demostrar la ilegitimidad de los actos impugnados corresponde a quien formula la tacha, de modo tal que si la validez de la ley depende de la existencia de determinadas circunstancias de hecho, se da por sentada su concurrencia salvo expresa demostración en contrario (*Verkassungsgericht-Barkeit...* cit., artículo de Kauper, p. 609/610). E igual sentido posee dicha presunción en la jurisprudencia de esta Corte (cf. Fallos, t. 100, p. 318, consid. 9º; t. 182, p. 170; t. 246, p. 172; t. 247, p. 121; t. 252, p. 328 y t. 256, p. 602), que también deduce de aquélla la imposibilidad de declarar ex officio la inconstitucionalidad de las leyes (Fallos, t. 252, p. 328, ya citado y t. 267, p. 150).

Aquí no se advierte colisión alguna con la acción declarativa de inconstitucionalidad: quien la alegue por esa vía, habrá de soportar, desde luego, el "onus probandi".

El problema surge de otra parte: la vinculación de la presunción de validez de las leyes con la similar presunción de legitimidad de los actos administrativos.

En efecto, esta última presunción es considerada el fundamento del carácter ejecutorio de aquéllos, y dicho efecto no puede ser enervado por los recursos jurisdiccionales con que se los impugne, hasta tanto la ilegitimidad del acto haya sido establecida por sentencia firme.

En consecuencia, si la acción declarativa impidiera la ejecución de actos administrativos prescriptos o autorizados por la ley atacada, esa acción no sería admisible en el campo de la impugnación constitucional para tal supuesto.

Claro está que así la objeción se circunscribe a dicho ámbito, y no traduce oposición a la acción declarativa de inconstitucionalidad sino en cuanto fuera susceptible de privar de eficacia a los actos administrativos en curso de ejecución.

A tal argumento es dable responder que la acción de mera certeza, está destinada, por su índole, a agotarse en la declaración del derecho alegado y no es susceptible de ninguna ejecución, por lo cual tampoco sería procedente decretar en ella medidas precautorias cuya finalidad es, precisamente, asegurar la ejecución.

Por tanto, en el curso del procedimiento no sería posible impedir se verifique el acto. Cabría que la Administración, "motu proprio", suspendiera el cumplimiento de la decisión si le parece pertinente y se encuentra autorizada para hacerlo, pero el debate jurisdiccional no obsta, lo subrayo, a la realización de los actos administrativos que encuentren apoyo en la ley todavía no invalidada.

Si la sentencia definitiva que declara la invalidez sobreviene antes de la ejecución, ésta será entonces imposible, pues no contará con respaldo legal, y si el pronunciamiento llega después, será la base para las acciones posteriores a instaurar por el lesionado, o de la reparación que directamente otorgue el poder administrador.

El argumento examinado no resulta, por consiguiente, valedero, y creo que se origina en una confusión conceptual entre la acción declarativa y los remedios extraordinarios del tipo del "injunction".

Mediante el uso de estos últimos los jueces no sólo están autorizados para prohibir la ejecución de actos administrativos fundados en leyes cuya constitucionalidad ha sido declarada en firme, sino también, en principio, para vedar el cumplimiento de los actos sustentados en normas generales cuya constitucionalidad se comienza a ventilar judicialmente (Jorge Tristán Bosch, "El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de Norteamérica", Montevideo, 1963, ps. 164/165, texto y nota núm. 206).

Entre nosotros, ello únicamente cabe cuando existen recursos legales con efecto suspensivo, o por vía de amparo en supuestos de palmaria ilegalidad.

La acción declarativa en materia constitucional para nada altera el cuadro. Únicamente permite a quien se halle ante la posibilidad real y concreta de ser objeto de una actividad administrativa que juzga inconstitucional, objetarla antes de que se verifique el daño, pero no impedir su realización si los órganos administrativos competentes deciden igualmente llevarla adelante.

En otros términos, el control preventivo de constitucionalidad con procedimientos iniciados antes de que exista lesión material específica o amenaza inminente en tal sentido no se identifica con la abrogación del principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos y de validez de las leyes que los sustentan.

Asimismo, la objeción basada en dichos principios fue formulada (Fallos, t. 245, ps. 558, 554, t. 103, p. 296-350—, consid. 3º) en forma condicional, destacándose la falta de previsiones legislativas federales sobre la acción declarativa, vacío ahora llenado por el art. 322 del Cód. Procesal.

Por lo demás, una inteligencia en exceso amplia de la presunción de legitimidad obligaría, para guardar coherencia, al abandono de la doctrina, de la que hará mérito más adelante, según la cual las exenciones de impuestos locales otorgadas por leyes de la Nación son oponibles en las ejecuciones de tales impuestos.

En resumen, el único fundamento efectivo del rechazo de la acción declarativa es la idea de que este tipo de acción no da lugar a un verdadero ejercicio de la función judicial, que invadiría al pronunciarse sobre aquéllas el ámbito reservado a la función legislativa, infringiendo así el principio de división de poderes.

Ello importa, evidentemente, la confusión entre control abstracto y concreto de constitucionalidad a que antes me he referido (69). El primer sistema no es compatible con nuestro régimen constitucional, en tanto que el segundo sí lo es. En efecto, mientras los tribunales se limiten a resolver definitivamente situaciones dudosas o controvertidas en las que exista interés suficiente, aunque el fallo no comporte ejecución compulsiva, y en tanto sus efectos se limiten al caso sometido a la decisión, no es posible considerar que se ha usurpado el Poder Legislativo.

El equívoco radica en que las sentencias declarativas no alteren la situación de hecho y disponen, en realidad, para el futuro, carácter que les es común con las leyes. Pero, como es obvio, ello no afecta la sustancial diferencia que, según se ha señalado, media entre unas y otras.

10) Para completar las consideraciones precedentes, parece útil señalar que, en algunos casos, las acciones declarativas fueron —en general implícitamente— estimadas por la Corte Suprema como causas en el sentido constitucional, según lo apuntan con acierto Imaz y Rey y también Bosch (v. de los primeros, "El Recurso Extraordinario", 2ª ed., p. 40/41, y del segundo, "Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública", p. 145, nota núm. 181).

Al respecto es importante la sentencia emitida en Fallos, t. 211, p. 1056, en el cual se consideró que no obstaba a la procedencia del recurso extraordinario el carácter declarativo de una decisión administrativa que regulaba los futuros sueldos de una doméstica. Asimismo, en Fallos, t. 180, p. 215 y t. 134, p. 5, la Corte admitió conocer en causas suscitadas por determinaciones impositivas cuestionadas ante la justicia, según la ley vigente en aquel momento, que no exigía pago previo del gravamen.

En el citado precedente de Fallos, t. 180, p. 215, la Corte Suprema destacó que los pronunciamientos que el a quo había dictado en la causa constituían verdaderas sentencias judiciales, pues unas condenaban al pago del impuesto, y otras absolvían de él, recayendo en un equívoco similar al que se observa en el fallo dictado por la Corte Suprema de EE.UU. en el caso "Old Colony Trust Co. v. Commissioner of Internal Revenue" (279 U.S. 716), citado anteriormente.

En efecto, la demanda tenía por objeto obtener se declarase que la pretensión del Fisco no tenía sustento jurídico. Si la causa terminaba por absolución del erario demandado, ello no agregaba nada a la fuerza ejecutiva del título de éste; y en caso de prosperar la demanda, el Fisco no tendría que dar o hacer nada, mas se vería privado de su crédito rescindido por la sentencia. Se trataba, pues, de una característica acción de certeza, como bien se lo advirtió en Fallos, t. 211, p. 1056.

La misma naturaleza poseía, a mi juicio, la acción entablada en Fallos, t. 190, p. 142, cuyo objeto era la mera declaración de nulidad de un decreto del Poder Ejecutivo que por sí y ante sí privaba de efecto a determinadas ventas de tierras fiscales, mandando tomar razón de ello en el Registro de la Propiedad. No pa-

rece que el propietario hubiese sido desposeído o siquiera modificadas las inscripciones correspondientes.

Asimismo tenía índole declarativa, como lo señaló la propia Corte, el proceso proveniente de los tribunales de Mendoza respecto del cual se suscitó la cuestión federal resuelta en Fallos, t. 200, p. 485.

Finalmente, igual naturaleza revestía el caso de Fallos, t. 238, p. 390, en el cual expresamente se señaló que existiendo legítimo interés, tal característica del pronunciamiento no lo convertía en abstracto.

Es verdad, pues, que la Corte Suprema ha admitido algunas veces conocer por vía extraordinaria en juicios de carácter declarativo.

11) Sólo cabe agregar qué consecuencias acarrearía mantener, en las condiciones actuales, la idea de que la acción declarativa no da lugar a un caso o causa en sentido constitucional.

a) La acción declarativa establecida por el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación resultaría inconstitucional en cuanto dicha norma rige para la generalidad de los tribunales nacionales.

Lo mismo ocurriría con las acciones declarativas previstas en el art. 10 de la ley de locaciones 16.739 y las normas referentes a los juicios de prescripción adquisitiva, de cuyo carácter declarativo se ocupó Couture ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 1961, p. 217).

b) Como quiera que son también acciones declarativas aquellas que persiguen una declaración de certeza, desde luego desprovista de carácter ejecutivo, pero determinante de una obligación de pago a cargo del demandado (cf. Chiovenda, "Ensayos de Derecho Procesal", trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 194), inviste tal carácter la establecida por la ley 3952 de demandas contra la Nación (v. Borchard, art. cit., "Harvard Law Review", p. 940, v. nota 154), que sería en consecuencia inconstitucional.

c) Si bien serían válidas las acciones declarativas admitidas por los ordenamientos provinciales, las decisiones sobre puntos federales recaídas en tales acciones no serían revisables por vía del recurso extraordinario.

En efecto, si la justicia federal sólo puede conocer de los casos o causas a que se refieren los arts. 100 y 101 de la Constitución, y si las acciones declarativas no son tales casos o causas, la Corte Suprema tampoco puede conocer de ellas por vía de apelación (conf. Fallos, t. 184, p. 620, p. 634, y también t. 238, p. 494 y t. 243, p. 439. En igual sentido: Robertson y Kiricham, "Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States", párr. 341, p. 415).

Ello importaría, o frustrar el control constitucional de la Corte Suprema respecto de las decisiones recaídas en tales juicios, o bien privar de la autoridad

de cosa juzgada a lo resuelto en ellos con referencia a puntos federales, con el consiguiente desmedro para la seguridad jurídica (v. sobre la materia el caso "Fidelity National Bank v. Swope" —274 U.S. 123— antes citado; además, parece que la decisión de Fallos, t. 273, p. 63, se inclina por el segundo término de la alter-nativa).

No sería posible oponer a lo dicho que el recurso extraordinario cabe en todo tipo de procedimiento jurisdiccional que envuelva la decisión de puntos federales, cualquiera fuese la naturaleza del procedimiento.

En efecto, como no se puede negar que la Corte Suprema ejercita por medio del recurso extraordinario el Poder Judicial de la Nación creado por los arts. 100 y 101 de la Ley Fundamental (cf. Imaz y Rey, "El Recurso Extraordinario", 2ª ed., p. 13), habría así dos conceptos para definir el mismo y único Poder Judicial federal, uno conciliable con procedimientos de cualquier tipo, con el cual se caracterizarían las atribuciones de la Corte Suprema en la apelación extraordinaria, y otro, sólo compatible con cierto género de causas, que se aplicaría a dicho poder judicial cuando se ejerce en forma ordinaria (sobre la naturaleza del recurso extraordinario cf. el núm. 32 de "El Federalista" y los votos de los jueces Story y Marshall, el primero emitido "in re" "Martin V. Hunter" —1 Wheat 304— y el segundo, en los autos "Cohens v. Virginia" —6 Wheat 264— cuya traducción en lo pertinente, se halla en la obra de Espil "La Suprema Corte Federal y su Jurisdicción Extraordinaria", Buenos Aires, 1916, p. 210 y sigts. y asimismo García Merou, "El Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ps. 44 y 45 y las referencias a los Comentarios de Story indicados en ese lugar).

12) Para completar el análisis, conviene examinar las etapas de la jurisprudencia de la Corte Suprema vinculadas a la acción declarativa, pues tal examen indica que en muchos supuestos la doctrina según la cual no es admisible dicha acción, expuesta con ésta u otra fórmula equivalente, se aplicó a situaciones no justiciables por carecer la cuestión de la forma de caso o causa, o porque se trataba de llevar a la Corte a ejercer funciones de normación genérica, o la cuestión era de índole política, o no se percibía el interés concreto y actual del reclamante en el pronunciamiento.

Así los casos registrados en Fallos, t. 12, p. 372; t. 15, p. 65 (p. 70); t. 20, p. 281; t. 95, p. 51 y t. 115, p. 163, casi todos citados por el entonces procurador general en fallos, t. 243, p. 176, tuvieron la característica de ser recursos de tipo objetivo, es decir, no deducidos en forma de demanda contra persona determinada, lo cual es extraño al régimen de revisión constitucional implantado entre nosotros, y tiene como lógico corolario, según ocurre en Francia respecto de este tipo de remedios, la anulación genérica del acto impugnado.

Tampoco revestían forma de caso las reclamaciones elevadas a la Corte Suprema en los precedentes de Fallos, t. 31, p. 288; t. 48, p. 462; t. 33, p. 319; t. 114,

p. 56; t. 156, p. 318; t. 227, p. 688 y t. 241, p. 58 por jueces que se consideraban indebidamente removidos de su cargo, y así lo declaró el Tribunal en esas oportunidades, mas también es dable tener en cuenta que, según surge del considerando 2º del último de dichos precedentes, ha pesado en estas hipótesis la circunstancia de hallarse en juego facultades privativas de los otros poderes del Estado ejercitadas sin violación de las formas constitucionales impuestas a aquéllos.

Por otra parte, se intentó, en el precedente registrado en Fallos, t. 1, p. 127, obtener que la Corte Suprema expidiese instrucciones generales sobre la interpretación de las leyes.

Y, en el mismo orden de ideas, cabe recordar la suspensión general de una ley provincial de impuestos, resuelta por un juez federal, cuya decisión no fue sometida a la Corte por vía regular, sino a través de una queja enviada por el gobernador de la provincia al Ejecutivo nacional y girada por éste al alto tribunal, que se negó a entender, sin duda por la forma en la cual el asunto había llegado a su conocimiento (Fallos, t. 1, p. 292).

Con estos casos, en los cuales la justicia federal, al producirse su instalación, dejó en claro que no le incumbe expedirse por vía de decisiones generales, ni enervar el cumplimiento de las normas dictadas por los otros poderes con medidas de igual índole, se relacionan otros mucho más recientes: los recursos extraordinarios deducidos contra resoluciones administrativas de carácter normativo general (conf. Fallos, t. 202, p. 14 y 309; t. 212, p. 479; t. 213, p. 546; t. 238, p. 36; t. 244, p. 300 y t. 256, p. 143). En tales supuestos no existe caso, ni ejercicio de la función jurisdiccional, de suerte que el recurso extraordinario sería más bien una acción directa de inconstitucionalidad instaurada ante la Corte Suprema prescindiendo de las reglas que gobiernan su jurisdicción originaria.

En el mismo orden de ideas se inscriben las decisiones según las cuales es improcedente la impugnación de inconstitucionalidad cuando se persigue, no la inaplicabilidad del precepto objetado en la causa sino la extensión de los alcances de aquél a supuestos no contemplados por el legislador (Fallos, t. 237, p. 24; t. 238, p. 488; t. 239, p. 860; t. 245, p. 419; t. 255, p. 262; t. 259, p. 313; t. 260, p. 102; t. 204, p. 206 y t. 270, p. 74, consid. 6º).

Razones semejantes son, a la postre, las que impiden emitir por vía de amparo un mandato destinado a que el Poder Ejecutivo nacional sancione una norma general reglamentaria de una ley que posibilite su aplicación, como se peticionaba en el caso de Fallos, t. 256, p. 386, pues ello no significa reconocer un derecho concreto al reclamante, como lo exige la misión propia del Poder Judicial.

Corresponde señalar finalmente que entre los precedentes citados en Fallos, t. 243, p. 176, se cuentan dos, los de Fallos, t. 24, p. 248 y t. 95, p. 290, referentes a hipótesis que podrían, en principio, dar lugar a una acción declarativa, y guardan relación con uno de los casos célebres de la jurisprudencia norteamericana anterior a la definitiva fijación del criterio actual ("Willing v. Chicago Auditorium", 277

U.S. 274) examinado por Chioyenda en su relación ante el Congreso de La Haya (v. Revista de Derecho Procesal, año V, 1ª parte, ya citada, ps. 543/544).

Por último, me referiré a decisiones del Tribunal muchas de las cuales ya he examinado desde otro punto de vista, para analizar ahora si en los casos contemplados por ellas se daban verdaderos supuestos de cuestiones no justiciables aún, siguiendo el criterio que sustento en orden a la acción de mera certeza.

En tal sentido la exigencia de "caso" o "controversia" judicial fue invocada con indudable acierto en Fallos, t. 242, p. 353, p. 362, pues se proponía a través del recurso extraordinario la revisión de medidas administrativas adoptadas por el Ministerio de Trabajo y Previsión en uso de atribuciones privativas para zanjar un conflicto que caía bajo su competencia.

Acerca del caso de Fallos, t. 243, p. 176, no surge de los antecedentes allí reseñados con brevedad que las impugnaciones formuladas por la provincia de Mendoza contra la ley de hidrocarburos 14.773 tuvieran el indispensable sustento de una situación de interés real y definida, con desarrollo de previa actividad administrativa al respecto, que comúnmente demanda la jurisprudencia norteamericana en hipótesis de la índole planteada en el indicado precedente.

En lo que hace a la sentencia de Fallos, t. 215, p. 552, sobre cuyos aspectos doctrinales ya me he expedido, se trataba de una impugnación efectuada por una empresa al art. 33 de la ley 14.455 y de la resolución ministerial 218/58, en cuanto disponían que la parte patronal debía actuar como agente de retención respecto de las contribuciones obreras destinadas a una asociación profesional. Los antecedentes consignados en la colección de V.E. no indican si la actora invocó una garantía constitucional que directamente la amparase, o sustentó su demanda en los derechos de los empleados, para lo cual, por principio, habría carecido de interés.

De verificarse la primera hipótesis, habría sido necesario atender a si la situación tenía carácter suficientemente concreto y definido como para sustentar la intervención de los tribunales de justicia.

Respecto de Fallos, t. 255, p. 26, está claro el carácter no justiciable del caso por razón de la índole política de la materia que planteaba la acción instaurada.

En cambio, para rechazar la acción declarativa a que se refiere el pronunciamiento de Fallos, t. 262, p. 136 —Rev. La Ley, t. 122, p. 61— habría bastado tener presente que la ley 11.683, bajo cuyas disposiciones caen los gravámenes discutidos en la oportunidad (art. 4º del decreto-ley 6692/63), no concede acción declarativa respecto de los impuestos a los que se refiere.

En lo que toca a Fallos, t. 259, p. 204, se trataba de una demanda entablada por nulidad del decreto 166/63 de la provincia de Salta, en el cual se manifestaba la voluntad de dicho Estado en el sentido de no hacer efectivas obligaciones con-

traídas con ciertas corporaciones de crédito extranjeras. En este caso, siguiendo la orientación alemana recogida por el art. 322 de nuestro actual Código, diversa de la anglosajona (cf. los artículos de Hitters y Vallejo que se encuentran en la Revista Argentina de Derecho Procesal, núm. 3 y J. A., 1968, IV: el primero trata el punto en la p. 380 y el segundo, en la 752), la acción declarativa habría sido improcedente, toda vez que el actor disponía de una acción de condena mayormente eficaz.

Hubo otro asunto, el de Fallos, t. 256, p. 104 (Rev. La Ley, t. 112, p. 558) en el que la acción declarativa hubiera sido pertinente con arreglo a los principios expuestos, de no faltar, como ocurría y lo señaló la Corte, "legitimatío ad causam" pasiva.

En efecto, allí el Banco Hipotecario Nacional inició en jurisdicción originaria una demanda contra la provincia de Córdoba para obtener la invalidación de una ley de dicha provincia en cuanto impedía a la entidad federal designar a sus propios escribanos para otorgar escrituras en el territorio provincial, y lo obligaba a elegir notario en cada oportunidad extrayéndolo de una lista preparada por el Colegio de Escribanos.

La ley penaba a los notarios que actuaran sin sujeción a ese régimen, de modo que comunicadas como fueron las nóminas al Banco, los escribanos de éste se abstuvieron de seguir actuando, en vista de la sanción a la cual se harían pasibles.

Difícil parece encontrar mejor ejemplo acerca de cuáles son las circunstancias para cuyo remedio está ordenada la acción de certeza. Existía un grado suficiente de acción administrativa por parte del ente público local, la lesión era actual. En tales condiciones el Banco Hipotecario debía iniciar demanda contra el Colegio de Escribanos ante la justicia federal de Córdoba, y la procedencia formal de su acción sólo se hubiera podido negar por la idea de que el Poder Judicial está autorizado únicamente a reparar lesiones consumadas de modo material dando alguna cosa al actor, que se quita al accionado.

Esa idea llevaba en el caso a subordinar la tutela de los derechos invocados por un ente instrumento del gobierno de la Nación, a la circunstancia de que las autoridades de aquél hallaran un escribano que quisiera violar la ley y exponerse a las pertinentes medidas punitivas, lo cual no escapó al Tribunal, según surge del consid. 5º.

Pero como la acción fue dirigida contra la Provincia, la Corte, que adhirió en su pronunciamiento, ya examinado en ese aspecto, a la concepción antes aludida, indicó por otra parte con acierto que el régimen norteamericano de control constitucional excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado que las ha expedido, en tanto no sea éste adversario formal en la causa por debatirse derechos que aquéllas le acuerdan (cons. 7º).

Se desprende de los términos de otra sentencia, la de Fallos, t. 263, p. 397, que existía el mismo defecto en el caso allí contemplado, cuyas restantes circunstancias no quedaron registradas. E igual deficiencia se observa en la acción a la que se refiere el pronunciamiento de Fallos, t. 275, p. 394.

En cambio, la demanda considerada en Fallos, t. 290, p. 46, estaba bien dirigida por la Compañía Argentina de Teléfonos contra la Provincia de Salta que había prohibido a la empresa aplicar un sistema tarifario "medido" imponiéndole continuar con el régimen de abono anterior. Las impugnaciones se fundaban en las leyes federales 750 y 4408 vinculándose así con los puntos constitucionales tratados en Fallos, t. 257, p. 159 y t. 259, p. 157. Se puso de manifiesto en la decisión de la Corte una concepción rigorista del poder jurisdiccional como reparador de agravios materiales ya infligidos aunque la decisión también debió inspirarse, por los precedentes que cita, en la idea de que la presunción de legitimidad de los actos administrativos impide atacarlos por vía de acción de mera certeza, lo cual implica, según lo visto (p. XVII) una contradicción.

Resulta de interés destacar que en Fallos, t. 265, p. 225, se invocó la doctrina sobre la inexistencia de acción declarativa en un caso de típica condena, cual es el amparo, lo que se explica a raíz del equívoco examinado en la p. XVII y vuelta.

13) Tratándose de acciones declarativas destinadas, como la que se deduce en estos autos, a impugnar la constitucionalidad de leyes impositivas, es necesario considerar en qué medida la regla "solve et repete" puede resultar afectada por tales acciones.

Pienso que durante el curso de éstas, no cabe impedir la ejecución de títulos fiscales, mientras las leyes respectivas todavía no hayan sido declaradas inconstitucionales por fallo pasado en cosa juzgada. Llegada esta ocasión, si el crédito aún no fue ejecutado, el principio aludido será inoponible. Si, por el contrario, el cobro coactivo ya se produjo, la declaración de inconstitucionalidad será título para la demanda de repetición (cf. Chiovenda, "Principios...", Madrid, 1922, t. i, p. 204 al pie y 205).

En otros términos, no cabe dilatar la percepción de los gravámenes introduciendo en el proceso ejecutivo el debate sobre su legitimidad, pero constituye una interpretación demasiado alta de la regla "solve et repete" prescribir el desarrollo anterior o paralelo de tal debate en procedimientos declarativos reglados por la ley que no se oponen al cobro compulsivo "inter moras litis". Claro está que la ley puede subordinar toda discusión judicial de la legitimidad del gravamen a su previo pago, como lo hace la 11.683 respecto de los impuestos nacionales a los que se refiere. Mas en tanto no medie prescripción en contrario, es dable perseguir por vía declarativa la invalidación del título fiscal antes de su pago, sin perjuicio de su ejecutoriedad hasta tanto recaiga fallo con fuerza de cosa juzgada sobre el punto.

Además, el principio aludido no ha sido puesto en práctica con rigor extremo por la Corte, que admite la discusión de puntos constitucionales en los cobros de impuestos por vía ejecutiva cuando se demuestra la irreparabilidad del daño que causaría el pago previo (doctrina de Fallos, t. 249, p. 221, cons. 5º; t. 250, p. 208; t. 256, p. 38 y t. 261, p. 101), y, asimismo, ha sentado el criterio más lato con arreglo al cual aquél no es legítimamente exigible en casos anómalos, claramente excedentes del ejercicio normal de las facultades impositivas propias de los Estados (Fallos, t. 188, p. 286, cons. 3º y sus citas; cf. Giuliani Fonrouge, "Acerca del Solve et Repete", Rev. La Ley, t. 82, p. 616), con el cual se entronca la más reciente jurisprudencia según la que no es pertinente, en juicios de apremio deducidos por las provincias, el rechazo de defensas opuestas con fundamento en exenciones resultantes de leyes nacionales (v. sentencias del 23 de junio y 26 de diciembre de 1967 "in re" "Municipalidad de San Lorenzo contra Yacimientos Petrolíferos Fiscales").

Desde luego, es manifiesta la relación del presente asunto con esta última jurisprudencia, pues si bien aquí no se trata de un juicio ejecutivo dentro del cual se introduzca la defensa deducida con fundamento en excepciones otorgadas por la ley federal, de todos modos la pretensión formulada en la demanda tiende a la anulación del título fiscal por considerarlo violatorio de excepciones de aquella especie. En esas circunstancias la posibilidad de iniciación de un apremio en el interín debe ser considerada con atención a la actual jurisprudencia de la Corte y a las reglas procesales vigentes.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal, si en el apremio deducido ante los jueces provinciales se opusieran como excepciones los argumentos de orden constitucional aquí alegados para sustentar la demanda, habría de otorgarse carácter ordinario al procedimiento (arg. de Fallos, t. 249, p. 221, cons. 5º —obsérvese que cuando se trata de defensas como las planteadas en el "sub lite" la demostración de la imposibilidad de pago no es necesaria, pues la admisión del tratamiento de aquéllas se funda en otras razones, Fallos, t. 256, p. 517, cons. 7º).

El contenido del proceso así ordinarizado sería puramente federal, por lo que interviniendo como actora una Provincia, la del Neuquén, el caso sería de competencia originaria de la Corte Suprema. En tal hipótesis habría de acumularse dicha causa, según el art. 190 del Cód. Procesal, a estos actuados, ya de oficio, ya a petición de parte, que se haría valer por vía de la litispendencia en aquel proceso, pudiendo decidir el artículo V.E., en caso de denegarse tal petición, mediante recurso extraordinario, procedente por análogas razones a las que justifican dicho remedio en supuestos como el citado de Fallos, t. 256, p. 517 y similares. También cabría suscitar un incidente al respecto en los presentes autos, de conformidad con lo dispuesto por la norma mencionada (conf. sobre la materia, Palacio, "Manual de Derecho Procesal Civil", t. I, ps. 392 y 393).

Acumulados los juicios, si el fallo de la Corte fuera adverso a las pretensiones deducidas, dejaría expedita la ejecución del título cuya legitimidad que-

daría declarada en modo irrevisable. En cambio, la admisión de la demanda declarativa implicaría el rechazo de la acción de cobro iniciada por la Provincia, lo cual, como toda absolución de una demanda, importaría un pronunciamiento de mera certeza (cf. Rosenberg, art. ya citado de la Revista de Derecho Procesal, año V, primera parte, p. 559).

En otros términos, la sentencia declarativa que estableciera la constitucionalidad de las pretensiones fiscales de la Provincia no tendría sino el efecto de tornar indisputable el derecho de aquélla dando fuerza definitiva al carácter ejecutorio que corresponde, en principio, a tales títulos en virtud de la presunción de legitimidad ajena a ellos. Y el pronunciamiento de certeza en sentido contrario no significaría sino la mera declaración de inexistencia del derecho sobre el cual se funda el rechazo de prestación formulado por la Provincia, lo que es propio de todo fallo absolutorio en demandas por cobro.

La situación planteada "in hypothesi" encuentra, pues, adecuada solución dentro de los mecanismos procesales que resultan del nuevo Código sobre la materia y de los principios generales acerca de las sentencias declarativas.

14) Creo haber demostrado que no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de las acciones declarativas regladas por el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial, inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley frente a los preceptos de la Carta Fundamental; y que una conclusión opuesta traería consecuencias de todo punto de vista inconvenientes.

Estimo, por el contrario, que con la introducción del instituto en el derecho público federal, contará éste con una vía apta para que los derechos y obligaciones de los particulares, el Estado o las corporaciones públicas, afectadas por normas inconstitucionales puedan dilucidarse apenas medie un interés suficientemente real y concreto, con la consiguiente economía de tiempo y la posibilidad de evitar la lesión material del derecho invocado.

Además, la admisión de la acción declarativa en orden a los litigios de derecho privado significará para las actividades ordinarias civiles y comerciales las comprobadas ventajas resultantes de dicha acción en los ordenamientos que la incluyen.

15) De conformidad con todo lo expuesto, las conclusiones que, en ejercicio de mi ministerio, propongo a V.S. son las siguientes:

1) El sistema de control constitucional vigente en el orden nacional impide que se dicten sentencias cuyo efecto son privar de valor "erga omnes" a las normas impugnadas, como asimismo obsta a la emisión de pronunciamientos sobre agravios meramente conjeturales e hipotéticos.

2) La acción de mera certeza, iniciada sobre la base de un interés sustancial concreto y definido, con arreglo a las pautas ya montadas por la Corte Suprema

de los Estados Unidos, y con efecto limitado a una declaración válida únicamente "inter partes", constituye causa en los términos de la Ley Fundamental.

3) La acción declarativa reglada por el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación se refiere tanto a las relaciones jurídicas de derecho privado como a las de derecho público.

4) La presunción de constitucionalidad de las leyes no se opone al empleo de aquella acción en orden a impugnaciones de este género; pues por su naturaleza sólo declarativa, durante el desarrollo de la causa la ley podrá ser igualmente ejecutada, no así después de resuelta su inconstitucionalidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que desde luego hace desaparecer la presunción.

5) En materia fiscal, el principio "solve et repete" no obsta, por análogas razones, al uso de esta acción, excepto en las hipótesis en que la ley prescriba lo contrario, como sucede con los gravámenes nacionales comprendidos en el régimen de la ley 11.683, y de todos modos, no sería dable invocarlo cuando, como sucede en la especie, las exenciones que fundan la demanda pueden ser opuestas en un eventual apremio, con arreglo a la doctrina del Tribunal.

16) Opino, en consecuencia, que, tratándose en la especie de una acción declarativa sustentada en legítimo y concreto interés, que comprende sólo cuestiones de carácter federal y está dirigida contra una Provincia, la demanda configura un caso o causa con arreglo a los arts. 100 y 101 de la Constitución y 1º de la ley 27, cuyo conocimiento, con arreglo a dichas normas, cae bajo la competencia originaria y exclusiva de V.E.

En cuanto a la tasa de justicia, la entidad accionante se halla exenta por virtud de lo dispuesto en el art. 11, tercer párrafo de la ley 15.336, y el art. 16 del convenio aprobado por decreto 8035/68. — Diciembre 17 de 1971.

Eduardo H. Marquardt.

En el párrafo XIII del dictamen que emiti a fs. 25 y sigts. de estos autos me referí a las posibilidades que se abrirían si, pendiente el trámite del presente juicio declarativo, la Provincia del Neuquén iniciase juicio de apremio para el cobro de las contribuciones que afirma le adeuda Hidronor S.A.

En dicha oportunidad señalé cuáles serían, a mi entender, los procedimientos tendientes a unificar el conocimiento de ambas causas, supuesto que en el juicio de apremio la sociedad allí demandada hubiera hecho valer iguales defensas que las que aquí invoca como actora.

De conformidad con lo que se expresa en el escrito precedente, la hipótesis que contemplé en el mencionado párrafo XIII se habría concretado, pero resulta evidente que antes de decidir sobre la procedencia de las medidas que entonces consideré como posibles, y aun de la que solicita el presentante de fs. 55, es menester un pronunciamiento de V.E. acerca de la viabilidad de la acción intentada a fs. 15 de estas actuaciones.

Dejo así evacuada la vista que me ha sido conferida a fs. 56. — Diciembre 21 de 1972.

Eduardo H. Marquardt.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de febrero de 1973.

Proveyendo al escrito de fs. 70, por presentado, por parte en el carácter que invoca a mérito del instrumento acompañado y por constituido el domicilio legal.

Y atento lo manifestado de acuerdo con las facultades conferidas, teniendo en cuenta las conformidades expresadas por los profesionales intervinientes a fs. 71 y 72, con arreglo a lo dispuesto en el art. 304, segunda parte, del Cód. Procesal, téngase por desistido el presente proceso. *Eduardo A. Ortiz Basualdo - Roberto E. Chutte - Luis C. Cabral - Margarita Argúas*".

EL RANCHILLEÑO S.R.L. Y OTRO
v. SAAB SCANIA ARGENTINA S.A. Y OTROS

JURISDICCION Y COMPETENCIA: Prórroga. Convenio de partes.

La prórroga de jurisdicción pactada por un coactor con uno de los codemandados no puede ser invocada frente a los restantes, que no han sido parte en el convenio y, en consecuencia, no resultan obligados por él.

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

Ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, 12ª Nominación de Rosario, Provincia de Santa Fe, el codemandado San An-

LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO¹
Universidad de Buenos Aires; Universidad Austral;
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 155-237

Resumen: Los artículos 1764 a 1766 del CCC y la Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado son un punto de inflexión para el derecho público argentino. Marcan el tránsito de un régimen de base jurisprudencial, esencialmente disperso y variable, a un esquema sistemático de ordenación de carácter legal. Ello descarta definitivamente la declamada posibilidad de privatizar del derecho público. El plexo legal vigente, sin embargo, no es un punto de partida. Sus bases fueron labradas por la jurisprudencia del alto tribunal durante las tres últimas décadas de gobiernos *de jure*. Con todo, el sistema normativo vigente tampoco puede ser considerado un punto de llegada ni de ruptura. Es un eslabón, una pieza —necesaria, aunque incompleta— en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho. En este artículo se exponen las bases dogmáticas y jurisprudenciales que informan a la LRE.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado (en adelante, LRE) es un *punto de inflexión* para el derecho público argentino.

¹ Abogado. Magister en Derecho administrativo con diploma de honor. Director académico de la Maestría en Abogacía del Estado (ECAE-Untref).



Por un lado, marca el tránsito de un régimen de base jurisprudencial a un esquema sistemático de ordenación sustantivo de carácter predominantemente *legal*.

Por otro, de modo expreso concibe el instituto como una materia de *derecho público* y, en tanto tal, asume que las respuestas a los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual del Estado incumben de modo primordial al derecho administrativo.

En este ámbito, la voluntad general -formalizada a través del plexo normativo que conforman los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994, en adelante, CCC) y la Ley 26.944 (LRE)-recorrió un camino que rechaza, de plano, la declamada posibilidad de privatizar esta parcela del derecho público².

1.2. El plexo legal vigente, regulatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado, ***no es un punto de partida***.

Sus ideas rectoras, esto es, el carácter *objetivo, directo, autónomo y local* del derecho de la responsabilidad estatal —juntamente con sus típicos factores de atribución, la *falta de servicio* y el *sacrificio especial* en aras del interés público—, fueron labradas por la jurisprudencia y la doctrina científica, nacional y provincial, durante las últimas décadas de gobiernos de *jure*.

El régimen jurídico de la responsabilidad del estado, conformado por la Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 CCC, es una de las tantas

² Aunque parezca paradójico, la privatización del derecho público es auspiciada también por algunos sectores de la doctrina administrativista. Así, en un trabajo del prof. Tawil (diario La Ley de 21-10-2015), se señala que ora porque la Ley 26.944 sea derogada, o porque se la declare inconstitucional o porque una reforma legislativa restablezca las previsiones normativas originariamente propuestas por la Comisión 191/11, “de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial del que la Ley 26.944 ha intentado apartarlo”. Por las razones que exponemos en el texto, no coincidimos con ese pronóstico; antes bien pensamos que la concretización de los valores y principios del Estado constitucional social de derecho habrá de mejorar esta parcela del derecho administrativo.

Cabe puntualizar que la reciente Ley 6325, de responsabilidad del Estado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —juntamente con las leyes provinciales que se han sancionado desde 2014 a la fecha- van en un sentido exactamente contrario al predicado por este sector de la doctrina.

respuestas posibles que la discrecionalidad legislativa pudo brindar a las múltiples cuestiones generadas por el proceso de transformación y unificación del derecho privado que finalmente desembocó, en 2014, en la sanción de la Ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación).

1.3. El sistema normativo vigente *tampoco es un punto de llegada, ni de ruptura.*

La LRE es un eslabón, una pieza, necesaria aunque incompleta en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho.

En este sentido los desarrollos jurisprudenciales de los próximos lustros irán modelando y armonizando el régimen legal de la responsabilidad patrimonial del Estado según los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república.

En este sentido, la prestigiosa judicatura especializada en materia administrativa sabrá conformar necesarios *puntos de equilibrio* entre el derecho a no ser dañado, el deber jurídico de reparación patrimonial del legitimado pasivo *directo* (el Estado) y las razonables y concretas posibilidades del legitimado pasivo *indirecto* (la comunidad, que es quien, en definitiva, soporta la carga del responder) en el marco de la situación de emergencia que afecta a nuestro país.

1.4. Ciertamente, la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión compleja. Encierra una gran cantidad de problemas, que exceden la variable normativa.

Una observación macroscópica, global y sistémica de la responsabilidad estatal exige enlazar el mundo jurídico normativo con otras diferentes áreas del conocimiento, como v. gr., el sistema de derechos humanos, la ética, la política, la economía³, las finanzas, la filosofía, la sociología, entre otras.

Un enfoque centrado de manera exclusiva y excluyente en lo *normativo* es, desde una perspectiva científica, una técnica insuficiente y, por ello, defectuosa.

³ Así, por ejemplo, no se puede desconocer que la Ley 26.944 debía guardar compatibilidad con otras producciones legislativas anteriores del Congreso como, v. gr., la Ley 26.896, BO 22/10/13, que prorrogó la vigencia de la Ley 25.561, de emergencia pública en materia económica.

En efecto: el esquema *normativo* de ordenación de la responsabilidad es apenas una de las parcelas de nuestra unidad de observación.

En esta materia, como en otras del derecho público (no penal), la formulación de juicios de aprobación o desaprobación deben, invariablemente, estar precedidos de interconexiones con diferentes áreas del saber. En el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado la dimensión normativa es solamente un fragmento, una parcela, de la complejidad.

En general, no ha sido el enfoque integrador, global y de conjunto, consustanciado con el principio de *reserva de lo posible*, el método lógico (metodología) que se ha utilizado para estudiar la Ley 26.944 (LRE) y los artículos 1764 a 1766, del CCC.

Aún así, desde la unidimensional visión normativa, el examen de la LRE se ha realizado desde dos grandes campos: el derecho privado y el derecho público. En este último ámbito, es dable verificar que los estudiosos han encarado la LRE y los artículos 1764 a 1766 del CCC desde el derecho constitucional y desde el derecho administrativo.

No hay duda de que todos los aportes realizados desde la doctrina expresan una idea de justicia.

Sin embargo, no desconocemos que en el debate de las ideas, muchas veces apasionado, se filtran circunstanciales *intereses* —económicos, políticos, profesionales, ideológicos, académicos, amén de vanidades— que, ajenos al principio de reserva de lo posible y solapados bajo una supuesta inspiración científica, fuerzan sus aportes doctrinales según el modo y la intensidad con que aquellos intereses se pueden ver comprometidos.

Seguidamente examinaremos las características principales de la Ley 26.944, reguladora de la responsabilidad patrimonial del Estado.

2. EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS PROBLEMAS CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS

2.1. Los problemas clásicos

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea problemas diversos. Algunos de ellos son clásicos, en tanto se anudan con la concreta efectividad de los principios basales del Estado legal de derecho.

Otros, en cambio, son más recientes. Emergen como producto del tránsito del Estado formal de derecho al Estado constitucional social de derecho (o Estado de los derechos fundamentales).

El catálogo de asuntos tradicionales —además del fundamento que sustenta al instituto—⁴ es variado y complejo.

Así, desde esta atalaya cabe interrogarnos sobre las siguientes cuestiones:

(i) *Cuál es la función de la responsabilidad del Estado.*

En este punto se debate si la responsabilidad estatal opera como garantía patrimonial; como dispositivo técnico de control —esto es, de sanción- o como un instrumento de solidaridad social, de distribución de recursos o directamente de seguridad social.

También nos preguntamos si la técnica conocida como prevención del daño —llamada a evitar la producción de un daño previsible- puede ser considerada una de las funciones de la responsabilidad del Estado. De ser así ¿cuál sería su alcance, su radio de aplicación?

(ii) *Qué reglas y principios deben regir la responsabilidad del Estado, en ejercicio de funciones públicas.*

⁴ Abandonada por completo la teoría de la inmunidad soberana como sustento de la infalibilidad estatal y, por ende, de su irresponsabilidad, la doctrina administrativa no exhibe uniformidad a la hora de exponer el fundamento de la responsabilidad del Estado. Así, no son pocos los que proclaman que el fundamento de la responsabilidad estatal reside en la justicia y en la equidad. Otros, en sustento de aquélla, proponen los principios de solidaridad, legalidad o, lisa y llanamente, la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, la expropiación, el enriquecimiento sin causa, el derecho de propiedad y la igualdad ante las cargas públicas.

Más allá de la inexcusable parcela de verdad que encierra cada una de las tesis enunciadas, pensamos que el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho se focaliza, de manera primordial, en el principio de dignidad humana. En efecto: el principio de dignidad humana, y la inescindible nota de alteridad jurídica que él acarrea, justifica incluir a la responsabilidad estatal dentro del elenco de principios basilares del Estado constitucional social de derecho contemporáneo. Este fundamento tiene consecuencias prácticas insoslayables, toda vez que proyecta la función preventiva de la responsabilidad estatal con relación a la evitación del daño sobre derechos fundamentales indisponibles.

Este es el problema central que enfrentó el legislador argentino con la sanción del Código civil y Comercial, en 2014.

Más allá del fundamento constitucional que brindan los artículos 17, 16, 19 y 75.22, de la Constitución Nacional, en este punto se plantea si la materia concierne al derecho público (derecho administrativo); o si, en paridad con los particulares, el responder patrimonial del Estado –en ejercicio de potestades públicas- se lo debe examinar y juzgar de acuerdo con las normas de derecho privado, en el marco de la unidad del derecho de daños o de la teoría general del derecho de daños.

(iii) *Autoridad competente*

Frente al supuesto de que se considere que estamos en presencia de una materia de derecho público se presenta un nuevo problema: ***quién es la autoridad competente para regular la responsabilidad del Estado.***

Desde el principio cardinal de separación de poderes y de acuerdo con la técnica de descentralización del poder territorial consagrada en la Constitución (forma de Estado federal) nos preguntamos a qué la autoridad pública le incumbe establecer el régimen jurídico de la responsabilidad estatal.

Concretamente: ¿qué poder del Estado tiene atribuciones para reglamentar la responsabilidad del Estado?

¿La debe regular el máximo tribunal, a través de sentencias y acordadas?

¿O la susodicha facultad concierne al Poder Legislativo?

En este último supuesto, quién es la autoridad legislativa competente: ¿el Congreso de la Nación? o ¿las legislaturas provinciales?

(iv) *Régimen único o múltiple*

Anudada a la cuestión precedente, cabe inquirir si el régimen jurídico de la responsabilidad estatal debe ser único y uniforme para toda nación y las provincias o si, en cambio, puede (o debe) ser plural, múltiple, según la forma de Estado federal.

(v) *Método de interpretación*

Si se aceptara que la responsabilidad patrimonial del Estado es un asunto que atañe de manera predominante al derecho administrativo

cabe interrogarnos acerca de cómo y hasta dónde se *proyecta el régimen jurídico de la responsabilidad civil* –artículos 1708 y siguientes del CCC- sobre la responsabilidad estatal. Concretamente, en supuestos lagunosos: ¿se aplican las normas del derecho privado? Y, si la respuesta fuere afirmativa, la aplicación de normas del responder civil ¿Es directa? ¿Es subsidiaria o supletoria? ¿Es analógica?⁵.

(vi) *La responsabilidad del Estado en relación con sus órganos.*

Con respecto a sus órganos cabe interrogarnos si la responsabilidad del Estado opera de manera indirecta, subsidiaria, o, si en cambio, ella actúa de modo principal o directo.

(vii) *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva?*

Por cierto, uno de los problemas centrales que plantea nuestra unidad de estudio se afina en saber si la responsabilidad del Estado reposa en la idea de reproche subjetivo, esto es en la idea de culpa del agente o del funcionario (responsabilidad subjetiva) o, si la construcción orgánica del régimen jurídico del responder estatal se edifica a partir de las prestación de la función pública, con prescindencia del reproche subjetivo (responsabilidad objetiva);

(viii) *Responsabilidad del Estado por actividad ilegítima ¿y también legítima?*

Otra cuestión relevante reside en determinar si el hecho generador que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado se focaliza exclusivamente en la actuación irregular de sus órganos y entes, o si, a diferencia de lo que ocurre, de ordinario, en la responsabilidad civil⁶, cabe que el Estado, en ejercicio de potestades públicas, responda también por la actividad formal o material, legítima de aquéllos.

⁵ Cabe recordar que, con posterioridad a la Ley 26.944, se sancionó la Ley 27.328 reguladora de los contratos PPP. El art. 9 inciso p de la Ley 27.328 establece que la LRE, 26.944, no será de aplicación directa, supletoria o analógica a la extinción por razones de interés público.

⁶ No podemos ignorar que en el derecho privado existen situaciones de responsabilidad por actividad lícita, como las previstas en los artículos 1977 (instalaciones provisionales indispensables sobre inmueble lindero) o 1718, inc. 3° (estado de necesidad), entre otros. Sin embargo, estos supuestos son ajenos a

(ix) *Responsabilidad por actividad legítima. Alcance de la reparación*

En caso de aceptarse la responsabilidad por actividad legítima del Estado en ejercicio de potestades públicas, corresponderá discernir el alcance de la reparación, esto es, si la extensión del resarcimiento por actividad legítima debe tener, o no, el mismo alcance del previsto para la responsabilidad por actuación irregular.

(x) *¿Responsabilidad por omisiones legítimas?*

El reconocimiento de responsabilidad estatal nacida de fuente legítima acarrea una nueva cuestión: ¿es predicable, en el régimen vigente, la responsabilidad por omisión o inactividad *legítima* del Estado? En la jurisprudencia nacional ¿existen precedentes que respalden este supuesto?

(xi) *Requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad extracontractual del Estado.*

¿Cuáles son los requisitos que estructuran el supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Son propios de la responsabilidad del Estado? ¿O son los mismos que gobiernan a la responsabilidad civil? ¿Son total o parcialmente diferentes?

(xii) *Factor de atribución y relación de causalidad*

En relación con los requisitos de procedencia de la pretensión resarcitoria corresponde indagar:

a. Cuáles son los *factores de atribución* de la responsabilidad estatal. ¿Son idénticos a los que rigen en la responsabilidad civil? ¿Son específicos de la responsabilidad estatal? Frente al caso que exista disimilitud entre los factores de atribución de la responsabilidad civil y del Estado ¿cabe la aplicación analógica de factores atribución de la responsabilidad civil a la responsabilidad estatal? ¿cuándo será posible la extensión analógica? ¿Con qué modulaciones y alcance?

la idea de interés público, como lo es, en cambio, la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

b. Qué función cumple la *relación de causalidad* en la responsabilidad del estado; qué criterios gobiernan la atribución de consecuencias, la *prueba*; cómo se estructura el régimen de la *co-causación*; de las *concausas* y de las *eximentes* por ruptura del nexo causal.

(xiii) *Causalidad y factor de atribución*

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea el problema sobre si existe algún tipo de interrelación entre el factor de atribución y la relación de causalidad; y, si esta interconexión, gravita al momento de fijar el alcance de las *consecuencias dañosas resarcibles*.

(xiv) *Daño*

En lo que concierne al daño se presente el problema de establecer si se lo debe entender como menoscabo de un bien jurídico o si en cambio se lo debe asociar a la idea lesión sobre un derecho o interés no reprobado por la ley.

Frente a la orfandad normativa, los interrogantes precedentes recibieron la respuesta, no siempre homogénea, de la jurisprudencia. A la vez, la doctrina autoral contribuyó y favoreció a la sistematización de la multiplicidad de sentencias dictadas en torno a la responsabilidad del Estado.

En efecto: frente a la carencia de un régimen normativo específico, la CSJN asumió una doble y delicada tarea: dirimir con fuerza de verdad legal los casos concretos de responsabilidad patrimonial del Estado sometidos a su conocimiento y decisión, y, simultáneamente, tallar -de manera general y con vocación de perdurabilidad- las bases, requisitos y estándares de la responsabilidad estatal según los principios consagrados, primordialmente, en los arts. 16, 17 y 19 CN.

Bajo el régimen jurisprudencial vigente hasta 2014, la cartografía del derecho de la responsabilidad del Estado exhibió criterios consolidados (como, v. gr., el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal).

Sin embargo, también mostró posiciones que distaban de ser pacíficas. Así, los recaudos que habilitan la *falta de servicio por omisión*; el criterio para determinar la *relación de causalidad*, tanto en la

responsabilidad estatal nacida de la actividad ilegítima como lícita; la *extensión del resarcimiento*, en los supuestos de responsabilidad de fuente legítima, el carácter actual o no del daño, entre otras, eran cuestiones que recibieron un trato cambiante, flexible, sobre todo a través de los obiter que, en algunas oportunidades, habrían de convertirse más tarde en holding.

A pesar de ello, el precedente jurisprudencial adquirió, en la práctica, gravitación materialmente legislativa. De ese modo, hasta la feliz reacción legislativa de 2014, los poderes públicos toleraron que sutilmente se modificara la atribución constitucional de competencias, en menoscabo de la voluntad general.

2.2. Los problemas contemporáneos. El desafío de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Estado constitucional social de derecho

A los problemas anteriores, que hemos denominado *clásicos*, se le añaden nuevos problemas, que nacen del tránsito del Estado formal y democrático al Estado constitucional social de derecho.

Entre los nuevos problemas, hay dos que deben ser atendidos de manera prioritaria, sin perder de vista el estándar de *reserva de lo posible*.

El primer problema atañe a la neutralidad del esquema de ordenación del responder estatal. ¿Corresponde mantener un sistema básicamente neutral e indiferente con respecto a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego? Concretamente: en este punto cabe interrogarnos acerca de si es posible establecer modulaciones en el régimen general de la responsabilidad cuando el hecho generador imputable al órgano o ente estatal interfiera lesivamente sobre *derechos fundamentales indisponibles de la persona humana*.

La segunda cuestión, en cambio, nos inquiera sobre la posibilidad de desarrollar técnicas preventivas del daño sobre derechos indisponibles. El problema nos plantea la posibilidad de aplicar, por vía analógica, la acción de prevención regulada en los artículos 1710 y siguientes, del CCC.

Vayamos por partes.

2.2.1. El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho adviene como un esquema sistemático de ordenación y armonización de potestades y garantías afincado en los principios, valores

y reglas que emanan de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

Este modelo, sin ambigüedades ni concesiones, asume que las bases formales y materiales del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos son las bases que sustentan el derecho administrativo argentino actual.

Es así pues que con arreglo a esta impronta el *derecho administrativo* adquiere la condición de *derecho constitucional y convencional en concreta y continua realización*.

Bajo la matriz del Estado constitucional social de derecho, el derecho administrativo se preocupa por la observancia de las formas esenciales y sustanciales y de manera preferencial asume el compromiso de brindar efectividad a la *juridicidad material que emana de la Constitución, sobre todo, en lo que atañe al respeto y protección de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*.

El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho hunde sus raíces en la *supremacía de la Constitución Nacional convencionalizada* en 1994 y en su *fuerza normativa* (el documento constitucional es norma jurídica, no mero programa). En este marco, como lo ha subrayado la Corte federal, los derechos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En lo que atañe a las relaciones jus administrativas, esta matriz predica que la Administración debe subordinar toda su actividad formal y material al principio de juridicidad. Cabe subrayar que, en el Estado constitucional social de derecho el principio de juridicidad –al que está sometida la Administración– se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los *principios preestatales* que ella reconoce y despliega; los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional, los tratados, las leyes, los reglamentos, sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la CorteIDH⁷.

⁷ En “Rodríguez Pereyra”, considerando 11º, de 27.11.2012, la Corte federal enfatizó, con sustento en el precedente Mazzeo (Fallos 330:3248) que “la

En esta matriz anida la idea de una juridicidad material, por los valores, que no solo limita los poderes de la Administración pública y se abre a la sociedad civil a través de la transparencia de los procedimientos, sino que, comprometido con la nota de alteridad, a la vez ordena o encarga el desarrollo de actividad positiva tendente a crear las condiciones de igualdad real que le aseguren a todos los miembros de la comunidad el acceso a los bienes necesarios para satisfacer el mínimo existencial, indisponible, que les corresponde por el solo hecho de ser persona humana.

En este modelo la observancia del principio de juridicidad –dentro del cual la Administración debe servir inmediatamente a los intereses generales - está indisolublemente asociada a la idea de previsibilidad y *seguridad jurídica*⁸ y naturalmente a la *expectativa de certeza jurídica*⁹.

interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

⁸ La Corte federal, en “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo”, de 4 de septiembre de 2018, voto de la mayoría, ha dicho que “el principio de juridicidad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional sirve como medida de todos los derechos y deberes, de las acciones y de las omisiones”. Y agrega: “la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea *previsible*”. Finalmente concluye en que el artículo 19 de la Constitución Nacional “exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige”.

⁹ Al respecto Aarnio puntualiza que la expectativa de certeza jurídica significa que todo ciudadano tiene el derecho esperar protección jurídica; con otras palabras: el tribunal u otro órgano adjudicativo (agregamos nosotros, la administración) tiene la obligación de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica. Este es el derecho jurídico básico de todo ciudadano en sociedad. Subraya el autor que la expectativa de certeza jurídica cubre dos elementos sustanciales: a) que se evite la arbitrariedad y b) que la decisión

En el Estado constitucional contemporáneo o Estado de los derechos fundamentales, los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio “*jurídico*” fundamental de dignidad. En este sentido todas las autoridades públicas, cualesquiera sea el tipo de función que desarrollen, tienen el *compromiso jurídico fundamental* de respetar y garantizar la dignidad de la persona humana.

En efecto.

Dignidad de la persona humana, derechos humanos fundamentales y principio pro persona, componen la **tríada basal material** que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La *tríada basal material* del Estado constitucional contemporáneo - junto con uno de sus corolarios, *el principio de interdicción de la insensibilidad* (frente a cualquier violación, lesión o intervención de los derechos humanos)- inaugura *vínculos “jurídicos” obligatorios*.

La vocación de efectividad de esos vínculos jurídicos fundamentales - incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional - hace nacer nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización también lo son *de ruptura con el derecho administrativo labrado en periodos de interrupción del orden constitucional*

Ciertamente, la aludida tríada basal material que emerge del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional- al tiempo que renueva la savia (interés general) que recorre la función administrativa inmuniza el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideal autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

sea sustancialmente correcta, en concordancia con el derecho válido (enfatisa que no es suficiente que la decisión previsible, debe ser sustancialmente correcta) (conf. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, ed. Palestra, Lima, 2016, pp. 29/30).

En definitiva: en el Estado constitucional social de derecho el derecho administrativo está llamado a resolver las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En ese orden esta matriz anuda y asume compromisos vigorosos:

- (i) con la *supremacía de la Constitución convencionalizada* y su *fuerza normativa*;
- (ii) con el principio de *dignidad de la persona humana*;
- (iii) con los *derechos humanos* que le son inherentes y el *principio pro persona*, en su doble formulación¹⁰;
- (iv) con la vocación de *efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de constitucionalidad;
- (v) con el *principio democrático* (art. 36 de la CN);
- (vi) con los principios basilares que gobiernan el estatuto del poder, la *separación de poderes y control recíproco*, como garantía de libertad de las personas;
- (vii) con las reglas actuales de *control de constitucionalidad*;
- (viii) con el corpus iuris interamericano;
- (ix) con el *control judicial difuso de convencionalidad*;
- (x) con el *control administrativo de convencionalidad*, según la jurisprudencia de la CorteIDH¹¹;

¹⁰ En Fallos 336:672 (“Asociación Trabajadores del Estado”, considerando 11º, último párrafo, de 2013), el alto Tribunal subrayó que el principio *pro homine* o *pro persona* exhibe dos manifestaciones principales. “Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías... Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas ... Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (idem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten”.

¹¹ Sentencias recientes de la CorteIDH reafirman la doctrina consagrada en “Gelman” (2011) y “García Ibarra”, entre otras. Así, el tribunal interamericano sostuvo que “*el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención*, los cuales

(xi) con la *armonización de las potestades públicas con los derechos humanos*;

(xii) con su corolario, el principio material de *justa administración*.

2.2.2. Desde este vértice, extramuros de toda neutralidad e indiferencia a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, el régimen legal vigente de la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser interpretado según los principios que conforman la *tríada basal material* de la juridicidad del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

Desde este miraje, cuando el hecho generador produzca consecuencias lesivas sobre derechos fundamentales indisponibles, corresponderá que cada segmento del esquema de ordenación del responder estatal (requisitos, eximentes, extensión del resarcimiento, admisibilidad de la pretensión indemnizatoria) sea armonizado con los valores y principios que sustentan la aludida tríada: *dignidad de la persona humana, derechos humanos y principio pro persona*.

En este marco, los problemas contemporáneos de la responsabilidad del Estado se focalizan en precisar si el derecho de la responsabilidad del Estado debe ser neutral o indiferente a la valiosidad de la relación de disponibilidad en juego o, en cambio, si es posible reconocer modulaciones en el esquema del responder estatal cuando el hecho generador imputable a un órgano o ente estatal produzca interfiera lesivamente sobre derechos fundamentales indisponibles.

Al respecto, nos adelantamos a señalar que, en el Estado constitucional contemporáneo, el principio de dignidad humana (principio preestatal expresamente reconocido en el art. 75, inc. 22 CN) se erige en el estándar básico de interpretación de todo el sistema legal (nacional y provincial) y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado. De suyo, en ese marco, los principios constitucionales son, naturalmente, los principios del derecho administrativo.

deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados (CorteIDH “Petro Urrego”, sent. de 8 de julio de 2020, párrafo 107; “Urrutia Laubreaux”, de 27 de agosto de 2020, párr. 93).

De allí que, por ejemplo, en los excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera comprometer la integridad de **derechos fundamentales indisponibles**, inherentes al principio de dignidad humana —me refiero a los derechos esenciales de la persona física, art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)—, el art. 4° de la Ley 26.944, en el que se establecen los requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal por actividad legítima, como también el art. 5°, en cuanto fija el alcance del resarcimiento de los daños nacidos de fuente extracontractual lícita, deberán ser interpretados según los estándares consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En el Estado constitucional social de derecho, la centralidad que adquiere la persona nos lleva a considerar que todo daño sobre **derechos fundamentales indisponibles**, que la persona física (art. 1.2 CADH) no tiene obligación soportar (sea de fuente ilegítima o legítima) obliga al **íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada**, lo cual comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona. A tal efecto, deviene decisivo, por ejemplo, proveer a la plena rehabilitación de la persona y a la reconstrucción de su proyecto de vida, amén, claro está, del equivalente indemnizatorio que fuera pertinente. En tal sentido el art. 5 de la Ley 6325 de la CABA estableció que cuando se afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas y en caso de estar reunidos los requisitos de responsabilidad por actividad lícita, el juez puede fijar prudencialmente los rubros indemnizatorios correspondientes al lucro cesante, debiendo explicitar las concretas razones que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne dicho rubro.

Otro de los problemas contemporáneos nos inquiere sobre la posibilidad de trasladar la tutela inhibitoria (acción preventiva) al derecho de la responsabilidad del Estado. Ello, claro está, con arreglo a las modulaciones que impone la interpretación analógica. En este punto no resulta irrazonable predicar, con miras a *preservar “in natura” un derecho esencial indisponible*, que, además de su tradicional función reparadora, el derecho de la responsabilidad estatal está llamado

a cumplir, también, una función preventiva o de evitación de daños que pudieran tener origen en la actividad ilegítima de órganos o entes públicos.

2.2.3. La Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado (LRE), juntamente con las normas pertinentes del Código Civil y Comercial (arts. 1764 a 1766 CCyC) consagran un elenco mínimo de reglas, abstractas y generales, a partir de las cuales es posible extraer respuestas concretas a los problemas clásicos del derecho de la responsabilidad del Estado. A la vez, sobre este tangible *corpus* normativo habrán de operar los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república, a partir de los cuales se podrán encontrar respuestas plausibles a los problemas contemporáneos que detallamos en el párrafo anterior.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el plano normativo, es evidente que el examen y valoración de la Ley 26.944 —esto es, la ley-marco de responsabilidad estatal actualmente vigente— debe realizarse en su contexto, esto es, en paralelo con el proceso de discusión del Anteproyecto y Proyecto de Código Civil y Comercial.

Una apreciación inicial permite comprobar que la sanción de una ley de responsabilidad del Estado no parecía ser, de antemano, una prioridad en la agenda del derecho público argentino.

El debate en torno a la necesidad concreta de regular por vía legislativa la responsabilidad del Estado comienza en marzo de 2012 con la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Juristas creada por el decreto 191/2011.

En su redacción original el Anteproyecto de la Comisión —integrada por insignes profesores de derecho privado— insertó a la responsabilidad del Estado y del funcionario en la Sección 9ª, del Capítulo 1º, del Título V, del Libro Tercero. El Anteproyecto contemplaba la responsabilidad de los poderes públicos —y del funcionario— dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil. En ese esquema, en tanto supuesto especial de responsabilidad civil, a la responsabilidad del Estado le habría de ser aplicable **directamente** el régimen general

de derecho privado consagrado en el Capítulo 1, del Título V, del Libro Tercero del nuevo Código.

Y allí nace una disyuntiva con indudable proyección práctica: ¿era competente la Comisión creada por el Decreto 191/2011 —dotada de facultades para proponer un anteproyecto de Código que unificara el derecho privado— para incursionar en una cuestión de derecho público, como es la responsabilidad del Estado? ¿Debía el Código Civil y Comercial —llamado a unificar el derecho privado— reglamentar un instituto de derecho administrativo, como es la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos y de sus entes?

En la respuesta a ese problema medular se jugaba una parte importante del ser o no ser del derecho administrativo argentino, puesto que, más allá de las interconexiones y recíprocas influencias entre el derecho privado y el público, era evidente que la regulación de la responsabilidad estatal desde el derecho privado —tal como lo propiciaba el Anteproyecto de 2012 en los arts. 1764 a 1766— desafiaba tanto el carácter local —esto es, las competencias provinciales no delegadas— como la autonomía científica del derecho administrativo.

Incurriríamos en un error de apreciación si escindiéramos el estudio de la Ley 26.944 de las circunstancias jurídicas, sociales, económicas, políticas e históricas que llevaron al Congreso a aprobar el régimen legal de la responsabilidad estatal a través de un cuerpo normativo diferente del nuevo Código. No cabe duda de que, en esa oportunidad, el legislador tuvo presente que la adscripción de la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil —tal como lo propiciaban originalmente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial— ignoraba el federalismo como forma de Estado (arts. 1°, 5°, 121, 122, 129 y concs. CN) y, también, un siglo y medio de construcciones jurídicas autónomas labradas desde el derecho administrativo de nuestro país.

Basta, pues, recordar que ya en 1869 Vélez Sarsfield discernía perfectamente los ámbitos de incumbencia del derecho privado y del derecho administrativo. En tal sentido, el art. 2611 CC¹², y la nota al

¹² El art. 2611 CC establece: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”. En la nota

art. 31¹³, conjuntamente con la jurisprudencia labrada por el Alto Tribunal en torno a ellos¹⁴, permiten comprobar el miraje desde donde se debía examinar y regular la responsabilidad del Estado.

Las características que distinguen al sistema legal vigente son:

3.1. El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho iberoamericano comparado¹⁵, la Constitución Nacional de la República Argentina, reformada

al pie, el codificador enfatizaba que las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público son extrañas al derecho civil.

¹³ La nota al art. 31 puntualiza específicamente que el Código Civil trata sobre cuestiones de derecho privado (“Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal, solo se aplica a las relaciones de derecho privado y no a las de derecho público”).

¹⁴ Ver, por todos, CSJN, Fallos: 328:2654, voto de la Dra. Highton.

¹⁵ En España, el art. 106, inc. 2) de la Constitución, establece que: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

El art. 37, párr. 6, de la Constitución de la República Federativa del Brasil, dispone: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

En Colombia, el art. 90 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

En México, el art. 113, inc. 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa **irregular** cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

en 1994, no contiene una cláusula general que establezca, de manera expresa, el derecho a la indemnización de los daños provocados por la actuación o inactividad de las autoridades públicas.

Existen, en cambio, normas específicas. Así, además del art. 17 CN, que reconoce la garantía patrimonial frente a la expropiación por causa de utilidad pública¹⁶, el art. 15 establece que una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar la declaración constitucional mediante la cual los esclavos quedaban libres desde la jura de la Constitución.

A su vez, el art. 63.1 CADH, que tiene jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22 CN), prescribe que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y agrega: “[d]ispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Esta norma, por la que se establece el alcance de las competencias de la Corte IDH, se refiere a la reparación de las consecuencias dañosas inferidas a los derechos esenciales del hombre, esto es, a los derechos que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Aunque resulte redundante, vale recordar que el ámbito de protección de la CADH alcanza a los derechos y libertades reconocidos en ella en relación a toda **persona**. Al respecto, el art. 1.2 CADH prescribe que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹⁷.

En Chile, el art. 38, párr. 2, de la Constitución de ese país establece: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En Uruguay, el art. 24 de la Constitución consagra la responsabilidad estatal del siguiente modo: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”.

¹⁶ En lo pertinente, el art. 17 CN establece que “... [l]a expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”.

¹⁷ En efecto: la titularidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos corresponde a *seres humanos*. En tal

Tampoco existía, hasta la sanción de la Ley 26.944, una regulación legal orgánica de la responsabilidad del Estado.

Salvo alguna norma aislada, como el art. 130 de la Ley 24.156¹⁸, lo concreto es que hasta el año 2014 el derecho de la responsabilidad estatal se sustentó, básicamente, en los precedentes labrados por la Corte Suprema de la Nación (en adelante, CSJN).

En tal sentido, con arreglo a los aportes científicos prejurisprudenciales¹⁹, la doctrina del Alto Tribunal se sustentó, primordialmente, en

sentido el Preámbulo de la Convención Americana da cuenta que el núcleo de la CADH se centra la protección y titularidad de los derechos del ser humano. En ese orden la Corte IDH enfatiza que el objeto y fin de la CADH es la *protección de los derechos fundamentales de los seres humanos* (OC-22/16 párrafo 42). Desde esta interpretación del art.1.2 de la CADH cabe concluir que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales.

Sin embargo, a partir de una interpretación evolutiva de la Convención, la CorteIDH sostiene que las *comunidades indígenas* son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros.

A la vez, acerca de las *organizaciones sindicales* la CorteIDH entiende que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones están habilitadas para presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos.

En lo que atañe al ejercicio de los derechos de las personas naturales a través de personas jurídicas la CorteIDH entiende que en determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de personas jurídicas puede acudir al Sistema para hacer valer sus derechos fundamentales. Tal lo ocurrido en el caso “Ivcher Bronstein” (Sentencia de 6 de febrero de 2001), en el que se diferencian los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, o “Grainier” (sentencia de 22 de junio de 2015), caso en el cual el tribunal interamericano sostuvo que las restricciones a la libertad de expresión se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan.

Hasta el momento, la Corte sólo ha conocido casos en que el ejercicio del derecho fue realizado a través de personas jurídicas respecto al derecho a la propiedad y al derecho a la libertad de expresión.

¹⁸ Art. 130. - “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

¹⁹ En esta materia los aportes realizados por el Prof. Juan Carlos Cassagne hace ya más de treinta años (“En torno al fundamento de la responsabilidad

el art. 1112 CC²⁰, norma que, en su contexto y gramaticalidad, está destinada a regular la falta personal de funcionario.

Con la reciente sanción de las leyes 26.944 y 26.994 se produce un cambio de sustancial relevancia.

En primer lugar, a través de un cuerpo normativo con rango de ley, se reconoce de manera expresa, general y abstracta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que genere el Estado mediante su actuación —activa o pasiva; formal o material— ilegítima, como también por su actividad lícita, siempre que se compruebe un sacrificio especial en aras del interés público.

El reconocimiento legal de esta **garantía patrimonial** queda explicitado en el art. 1º, párr. 1º, de la Ley 26.944. Allí se establece que la referida ley “rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”.

Ese reconocimiento también opera por conducto de los arts. 1764 y 1765 CCyC (Ley 26.994). Este último prescribe que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

A diferencia de épocas pretéritas, el régimen vigente de la responsabilidad estatal emana hoy del órgano que representan la voluntad general, el Congreso de la Nación. Es así pues que las normas referidas son la reglamentación legal de la garantía patrimonial frente a los daños que produzca el Estado en ejercicio de funciones públicas.

En definitiva:

del Estado”, ED 99-937, y “La responsabilidad extracontractual del estado en el campo del derecho administrativo”, ED 100-986) son un punto de referencia obligada para quienes estudian este tema.

²⁰ Art. 1112.- “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”. Se refiere al Título IX, “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección Segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones) del Libro II (de los derechos personales en las relaciones civiles) del Código Civil de Vélez Sarsfield.

(i) El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un **sistema legal-marco** de responsabilidad del Estado.

(ii) Coetáneamente, y como correlato de lo anterior, con la sanción de la Ley 26.944 **se abandona el régimen jurisprudencial** —esencialmente variable— construido en torno a una norma insertada en el Código de Vélez (el célebre art. 1112 CC) que regula la responsabilidad extracontractual, de naturaleza cuasi delictual, del agente o funcionario.

(iii) La Ley 26.944 (LRE) juntamente con los arts. 1764 a 1766 del CCyC, configuran la reglamentación legislativa de la garantía patrimonial sustantiva reconocida en los arts. 16, 17, 19 y 75, inc. 22 CN, en cuanto atañe al daño producido por el obrar de los órganos estatales en ejercicio de funciones públicas.

Anticipamos desde ahora que las llaves maestras para interpretar adecuadamente el sistema legal vigente a partir de 2014 son la analogía y el principio de dignidad humana.

3.2. La responsabilidad del Estado, en el régimen legal vigente, cumple una función de garantía.

La responsabilidad patrimonial del Estado es un principio material ínsito en el Estado constitucional social de derecho.

En su función reparadora, tiende de manera primordial a restablecer, ex post, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular a causa de la lesión jurídica inferida a los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas.

En esa dirección, el carácter decididamente **objetivo** en el cual se enrola el régimen legal vigente (arts. 1º, 3º y 4º, de Ley 26.944), en el que la idea de culpa queda ostensiblemente enervada, permite aseverar que la responsabilidad patrimonial del Estado cumple, primordialmente, una función de **garantía**.

En efecto, más que instrumento de control llamado a sancionar una actividad estatal, el núcleo teleológico predominante que inspira el sistema creado por la Ley 26.944 (LRE) reside en asegurar la reparación de una lesión cierta —que la persona no tenga la obligación de soportar— real, mensurable en dinero, que resulte imputable a la inactividad o a la actuación —activa o pasiva; formal o material— de

un órgano estatal en ejercicio de funciones públicas, encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución previstos legalmente.

Esa función predominante de garantía que tiene asignada el derecho de la responsabilidad del Estado, a nuestro juicio se potencia y complementa con la aplicación, por vía **analógica**, de las técnicas de prevención del daño consagradas en el CCyC.

A diferencia de lo que ocurre con las sanciones pecuniarias disuasivas, que como bien sabemos de manera alguna se confunden con las sanciones conminatorias o astreintes, la LRE no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado. Si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria —arts. 1º, párr. 3, LRE y 1764 CCyC— nada impide su aplicación analógica. De allí pues que este dispositivo sustantivo, consagrado en el art. 1711²¹ CCyC y concordantes —denominado también tutela inhibitoria— está llamado a **evitar la producción de un daño previsible**, originado por la actividad estatal ilegítima, con la menor restricción de derechos. Su prudente utilización —con las modulaciones que impone la analogía— en la medida que no interfiera, ni frustre, la satisfacciones de los bienes jurídicos que protege el interés público ni el desarrollo de la autotutela declarativa, puede traer fecundos resultados en el ámbito del derecho público, sobre todo en aquello cuanto concierne a la evitación de daños sobre los derechos esenciales indisponibles. A tal efecto, consideramos que el catálogo de situaciones y derechos enumerados en el art. 2.2 de la Ley 26.854²² asoma como un primer radio de desarrollo de este dispositivo en el ámbito del derecho administrativo, a los efectos de procurar la protección *in natura* del derecho. En este ámbito la acción de prevención más evitar el ilícito formal evita su materialización, esto es, la efectiva

²¹ Art. 1711.- “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”

²² La Ley 26.854 brinda un tratamiento diferenciado cuando “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y también un derecho de naturaleza ambiental.

consumación del daño o la puesta en práctica de la conducta generadora de daño.

De consiguiente, la garantía patrimonial, de talante resarcitorio o reparador, expresamente reconocida en la LRE se complementa, por vía analógica, con la garantía de prevención del daño de origen antijurídico²³.

En suma:

i. Según se desprende de la Ley 26.944, el derecho de la responsabilidad del Estado en la Argentina, en su variable reparadora, se exhibe como una *garantía patrimonial* de las personas frente al Estado;

ii. Sin embargo, la responsabilidad estatal *no tiene por finalidad hacer del Estado un asegurador universal y anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio*. Como lo señala el fuero especializado en materia administrativa, **la responsabilidad del Estado no es una especie de seguro público general**²⁴.

iii. A la vez, el derecho de la responsabilidad del Estado, en su hora actual, no desdeña a *tutela inhibitoria del daño previsible originado por la actuación antijurídica de un órgano estatal*. En ese entendimiento la acción de prevención contemplada en los arts. 1711²⁵ CCyC y ss., solo por vía analógica, tiene un horizonte de proyección muy concreto

²³ En el derecho administrativo, la configuración del supuesto de hecho que da lugar a esta acción requiere, primeramente, verificar la existencia de mandatos jurídicos expresos y determinados de actuación, cuyo total o parcial incumplimiento (antijuridicidad), producirá, previsiblemente, el daño que esta acción está llamada a evitar. Por cierto, es necesario demostrar la existencia de una adecuada relación causal. A los fines de establecer quién es el obligado, se deberán examinar las incumbencias materiales, territoriales, de grado y de tiempo del órgano o del ente estatal a que se le imputa el hecho que se pretende prevenir.

Por cierto, a diferencia de las medidas cautelares, la técnica de prevención aludida no requiere acreditar el peligro irreparable **en la demora**. Ello es así debido a que el objeto de la pretensión preventiva es evitar la producción –o agravamiento– de un daño derivado de una conducta u omisión antijurídica (conf. art. 1711), mas no asegurar el objeto del proceso (art. 3.1, Ley 26.854 de medidas cautelares).

²⁴ CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, considerando VII.

²⁵ Ver nota 11.

en cuestiones que atañen a la protección de derechos fundamentales indisponibles.

3.3. La responsabilidad patrimonial del Estado está gobernada por normas y principios de derecho administrativo. De allí que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda (art. 1° de la Ley 26.944 y 1765 CCyC).

El derecho de la responsabilidad del Estado, en la Argentina, exhibe dos notas singulares: **autonomía** (científica, jurídica y ahora legislativa)²⁶ con respecto a la responsabilidad civil, de un lado; y **carácter local**²⁷ (o nacional, según corresponda), de otro.

Ambas características aparecen consagradas en el CCyC y en la Ley 26.944. Ellas fueron expresamente afirmadas en distintos pronunciamientos de la CSJN, sobre todo, durante los dos últimos lustros²⁸. Va de suyo, pues, que las normas aprobadas por el legislador

²⁶ La responsabilidad patrimonial del Estado —como también la de los funcionarios y agentes públicos— fue considerada una materia propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular. Ambas cuestiones resultan extrañas al Código Civil puesto que sus normas han sido diseñadas para regular las relaciones de derecho privado. Esa finalidad legislativa aparece con nitidez en la nota al art. 31 CC y en el propio art. 2611 y su nota.

²⁷ Este rasgo distintivo de la responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional en el federalismo (art. 121 y ss. CN): la responsabilidad del Estado tiene carácter esencialmente local (o nacional, según corresponda). En tanto cuestión propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular, la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que las provincias no le han delegado a la Nación. En ese entendimiento, lo entes autónomos —como las provincias y la CABA— conservan para sí las facultades de autorregulación y autonormación de la responsabilidad estatal. De allí que si se proclamara que el Código Civil debe regular la responsabilidad del Estado, esa posición sería doblemente inconstitucional puesto que el Estado nacional, además de carecer de competencia constitucional para incursionar en una materia local no delegada, avanzaría con una suerte de intervención federal sobre las provincias o la CABA (art. 75.31 CN) sin que estén reunidas las condiciones constitucionales que la autorizan (art. 6° CN).

²⁸ CSJN, “Basigaluz Sáez” Fallos: 332:548 (2009); “Barreto”, Fallos: 329:759, Considerandos 10 a 12; “Schiavone”, Fallos: 331:2534 (donde se señala que la responsabilidad extracontractual por falta de servicio se rige por el derecho público provincial), y también en “Contreras”, de 18/04/2006; “Zulema Galfetti de Chalbaud”, 09/05/2006; y “Mendoza”, 20/06/2006.

—arts. 1764 a 1766 CCyC y arts. 1° y 11 LRE— prosiguen la línea trazada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

En efecto. El art. 1765 CCyC establece que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En congruencia con esa previsión normativa, el art. 1764 CCyC establece que las disposiciones del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero, relativas a la responsabilidad civil, “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En línea con los arts. 1765 y 1764 CCyC, el art. 1°, párr. 3, de la Ley 26.944 prescribe: “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. A la vez, el art. 11 LRE invita “a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

En congruencia con los artículos 11 de la Ley 26.944 y 1764 CCyC, distintas provincias han sancionado sus propias leyes de responsabilidad del Estado: Santa Cruz, la Ley 3396 (2014), Chubut la Ley I-560 (2015) y Santiago del Estado, Ley 7179 (2015). En otras, es un tema que está en plena discusión.

Vale recordar que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC fueron introducidos al Proyecto de Código Civil por el Poder Ejecutivo²⁹.

²⁹ Las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, más que una opción jurídica posible, era un deber tendente a preservar la vigencia de la juridicidad. Tal como fueron concebidos originariamente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto, ellos exhibían un doble orden de ilegitimidad: de un lado, violaban el federalismo (art. 121 y ss. CN); de otro, al propiciar la regulación de un tema de derecho público —como es la responsabilidad del Estado— en un Código de derecho privado —tal como aparecía en los arts. 1764 a 1766, según la redacción original— el Anteproyecto exhibía un exceso en el ejercicio de la competencia atribuida por parte del órgano redactor. Vale recordar que la finalidad de interés público que justificó la creación de esa Comisión fue la de elaborar de un anteproyecto de Código que unificara el derecho “privado” (civil y comercial). Con miras a esa finalidad (unificar el “derecho privado”) se asignaron atribuciones. De allí, pues, que la Comisión Redactora, creada por el decreto 191/2011, carecía de competencia expresa, implícita o inherente —entendidas estas dos últimas según el estándar teleológico de la especialidad— para regular una materia que, de manera indiscutible —pues así lo ha

Ellos sustituyeron las previsiones normativas propiciadas por la Comisión Redactora en la que se regulaba la responsabilidad del Estado (y de los funcionarios) dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil.

Por cierto, durante esta etapa jurisprudencial algunos sectores del pensamiento jurídico argentino, sin discernir suficientemente las diferencias entre el derecho público y el privado, rechazaron con énfasis toda posibilidad de que la responsabilidad patrimonial del Estado (nacida de la actividad, ilegítima o legítima, de los poderes públicos originada en el ejercicio de las funciones administrativa, legislativa o judicial) fuera regulada autónomamente por normas propias del derecho público.

Los argumentos que dieron sustento a esta posición elusiva de los presupuestos que gobiernan la responsabilidad estatal, fueron múltiples y heterogéneos. Así, se sostuvo que no existen diferencias ontológicas entre las responsabilidades pública y privada; que las normas y principios de la responsabilidad extracontractual del Estado forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños; que referirnos a una responsabilidad pública distinta de la del derecho privado aparece a contramano de una fuerte tendencia, en el derecho comparado, que aproxima el derecho público al privado; que en la actualidad la tendencia es “privatizar el derecho público”; que, en esta materia, la normativa aplicable debe buscarse en el derecho privado, en el Código Civil y Comercial, y no por la vía de la analogía. Estas posiciones críticas adquirieron mayor virulencia cuando se sustituyó de la propuesta original de la Comisión Redactora por los actuales arts. 1764, 1765 y 1766 CCyC.

Un importante sector de la doctrina civilista —que, en su mayoría, había colaborado en la elaboración del Anteproyecto de Código— objetó el cambio de paradigma³⁰.

considera propia la doctrina del Alto Tribunal— pertenece al derecho administrativo y a las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

³⁰ Así, se sostuvo que las modificaciones introducidas al Proyecto de la Comisión Redactora implican bastardear el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; que las normas de derecho administrativo nacional o local no tienen aptitud ni comprensión para regular aceptablemente el derecho de daños;

En línea con la jurisprudencia labrada por la CSJN en los últimos lustros, el plexo normativo vigente caracteriza a la responsabilidad del Estado como una materia que concierne al derecho administrativo³¹. En ese entendimiento, expresamente el art. 1765 CCyC dispone que las normas y principios de esta disciplina —el derecho administrativo— gobiernan el responder estatal. No quedan dudas que el legislador enfatizó la autonomía científico-jurídica del derecho de la responsabilidad con respecto al derecho privado.

Es evidente que en esta materia ha tenido influencia el desarrollo exhibido por el derecho francés a partir de la decisión del Tribunal de Conflictos francés, en 1873, en el célebre *arret* “Blanco”.

En este pronunciamiento —que tenía en miras deslindar competencias entre la justicia ordinaria y el Consejo de Estado—, el Tribunal

que solo el derecho privado podrá brindar una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular; que solamente existe un sistema, el Código Civil; que no existe el pretendido sistema autónomo atinente al ámbito administrativo.

Se dijo además que la normativa proyectada por el PEN —los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC— no solo emplaza la responsabilidad del Estado en el terreno del derecho público nacional o provincial, sino que va mucho más lejos: veda lisa y llanamente la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil en esta materia; que eso no tiene precedentes en el derecho argentino y que deviene “claramente inconstitucional”. Se manifestó, además, que las normas proyectadas son una solución escandalosa que traspasa las posiciones más radicales que, sobre el tema, han exigido algunos sectores del derecho administrativo; que se quiere cerrar todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad del Estado.

Se destacó también que no solo es cuestión de resguardar la **unidad del derecho de daños**: se trata de evitar el fraccionamiento de la responsabilidad según la persona que los vulnere. También se sostuvo desde una vertiente política con proyección jurídica que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC abren la tentación de sancionar normas de irresponsabilidad e impunidad por parte de los propios Estados provinciales.

³¹ Ya los jueces de la primera Corte Suprema del gobierno de jure que se inició en 1983 sostuvieron al respecto: “... corresponde dejar sentado que la responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la esfera de la función administrativa... se rige por principios propios del derecho público, los que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privada”, Fallos: 306:1409, voto en disidencia de los Dres. Caballero y Fayt.

de Conflictos puntualiza que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en un servicio público no puede estar regida por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Y más adelante añade: la responsabilidad (del Estado) tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares³².

Tres grandes ideas rectoras emanan de esta célebre decisión:

(i) la responsabilidad del Estado no puede estar regida por el Código Civil, esto es, por las normas que regulan las relaciones entre los particulares.

(ii) la responsabilidad del Estado tiene sus reglas especiales (diferentes de las que rigen las relaciones de particular a particular);

(iii) esas reglas especiales varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar las potestades estatales con los derechos y garantías de los particulares.

Sin mucho esfuerzo se advierte que las ideas rectoras que emanan del *arret* “Blanco” guardan congruencia con la nota del 31 y el art. 2611 CC, redactado por Vélez Sarsfield en 1869. Y es lógico que así sea. La influencia del pensamiento francés se proyectó no solo en el Código Civil sino también en el derecho administrativo.

Más allá de ello, es oportuno tener que el eje rector de la doctrina desplegada en el *arret* Blanco se proyecta actualmente en el derecho privado francés. Así, la doctrina civilista francesa contemporánea destaca que la responsabilidad civil es muy distinta de la responsabilidad administrativa, puesto que posee reglas específicas aunque tiene unidad de inspiración con la civil, de la cual utiliza ciertas nociones³³.

A la vez, como derivación secuencial de lo anterior, se establece que la competencia para su regulación es local o nacional, según corresponda a la responsabilidad de las autoridades públicas provinciales —o

³² TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE FRANCIA, “Blanco”, 08/02/1873, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed., Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000, p. 1 y ss.

³³ LE TOURNAEU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, Bogotá, Legis, 2008, p. 22.

de la CABA— o al Estado nacional. El legislador nacional, al discernir correctamente el ámbito de atribuciones nacional y provincial, ha garantizado adecuadamente la forma de estado federal que consagra nuestra Ley Suprema (arts. 1º, 121, 122, 129 CN y concs.).

Vale puntualizar que, de haberse mantenido la redacción original del Anteproyecto, todas las provincias argentinas, incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habrían estado procesalmente legitimadas para postular pretensiones declarativas de inconstitucionalidad contra el Estado nacional con fundamento en los propios fallos de la CSJN, como “Barreto”³⁴ o “Basigaluz Sáez”³⁵, entre otros. Ello así pues, con arreglo a la doctrina de estos precedentes, los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto elaborado originalmente por la Comisión, habrían conducido a una indebida y manifiesta interferencia de una autoridad pública nacional (el Congreso) sobre materia de **derecho público local** reservada a las autonomías provinciales. La incompetencia habría sido absoluta por cuanto el Congreso habría ejercido facultades que la propia Ley Fundamental le reserva a las provincias o a la CABA.

En definitiva, tanto el nuevo Código (arts. 1764 y 1765 CCyC) como la Ley 26.944 asumen que la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que incumbe al “derecho administrativo”. Por ende, en tanto es un asunto que atañe al derecho público, la competencia regulatoria de los poderes nacionales encuentra su límite constitucional en las “autonomías provinciales” —o de la CABA— (arts. 121, 129 CN y concs.).

3.4. La Ley 26.944, juntamente con los arts. 1764 a 1766 CCyC, es un esquema sistemático de ordenación sustantivo que reglamenta legislativamente una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado.

La regulación legal de la responsabilidad estatal tiene el explícito propósito de brindar una respuesta equilibrada a las consecuencias no deseadas del desarrollo de las funciones estatales, llamadas a satisfacer el bien común.

³⁴ CSJN, “Barreto”, 2006, Fallos: 329:759.

³⁵ CSJN, Fallos: 332:548 (2009).

En ese marco, la reciente Ley 26.944 traduce la configuración normativa de una las variables del derecho constitucional a no ser dañado (art. 19 CN).

Va de suyo que el mentado cuerpo normativo, conocido como Ley de Responsabilidad del Estado, reglamenta la obligación de reparar el menoscabo patrimonial producido por la actuación de los órganos y entes en ejercicio de funciones públicas que violaron el principio general, consagrado en el art. 19 CN, que prohíbe perjudicar o dañar los derechos de terceros.

El régimen regulatorio de la responsabilidad estatal vigente desde 2014 es producto de la **voluntad general**. Está formalizado a través de una **ley**. La ley, a su vez, fue sancionada **previa deliberación** de los representantes del pueblo de la nación y de las provincias elegidos por la voluntad popular. La nueva ley, al igual que el CCyC, cumplió regularmente el **proceso legislativo** de formación y sanción de las leyes previsto por la Constitución.

De consiguiente, aunque resulte redundante señalarlo, la LRE —como el CCyC— es un producto del órgano constitucional competente para ejercer el poder legislativo, el **Congreso de la Nación**.

Entre las diferentes alternativas de política legislativa que se pudieron adoptar en esta materia, el Congreso consideró como opción apropiada la de sistematizar el derecho a la reparación de los daños resarcibles producidos por la actividad u omisión de las autoridades públicas mediante criterios propios de derecho público, de acuerdo con las tendencias jurisprudenciales, en muchos casos, ya consolidadas. En las situaciones en las que las doctrinas jurisprudencial y científica no eran pacíficas, el Congreso ejerció plenamente la libertad de configuración normativa procurando armonizar, en el devenir histórico presente, los derechos e intereses de los particulares con los bienes jurídicos que tutela el interés general.

Ciertamente, la Ley 26.944 contempla el caso de lesiones inferidas sin justificación jurídica. Es la variable del responder estatal que nace de la actuación estatal —activa o pasiva— irregular (art. 3°).

La ley también considera aquel otro supuesto en el que, estando justificada la conducta que origina el daño, el particular no tenga la obligación de soportar la consecuente lesión que la conducta estatal

lícita produce sobre su patrimonio o su persona. Es la responsabilidad estatal generada por la actuación legítima del Estado (art. 4°).

En puridad, la Ley 26.944 consagra un sistema de responsabilidad extracontractual de derecho público abastecido por dos subsistemas claramente individualizados. La singular especificidad que exhiben los factores de atribución reconocidos en la ley (la falta de servicio, para el supuesto de la denominada responsabilidad por actividad estatal ilegítima —art. 3, inc. d— y el sacrificio especial, en los casos de responsabilidad por actuación lícita del Estado —art. 4, inc. e—) muestra que las construcciones propias del derecho administrativo guardan prevalencia sobre las concepciones civilistas.

Frente al vacío legislativo preexistente, uno de los fines de la ley ha sido consagrar un esquema básico y equilibrado de ordenación jurídica tendente a brindar previsibilidad a los particulares y al propio Estado.

La ley ha fijado con precisión cuáles son los elementos del supuesto de hecho que da origen al deber jurídico de indemnizar. También ha establecido la extensión de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación. En este punto es menester tener en cuenta, como lo exponemos más adelante, que la relación de causalidad (arts. 3°, inc. c, y 4°, inc. c, LRE) se erige en una de las piezas centrales del sistema pues, además de vincular los elementos del supuesto de hecho que da origen a la obligación de indemnizar, fija el alcance de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación en clara interconexión con el factor de atribución aplicable en cada caso.

3.5. En el sistema legal vigente, las normas de derecho privado reguladoras de la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica.

El art. 1764 CCyC establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En el mismo sentido, el art. 1°, párr. 3, de la Ley 26.944, determina que “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Ahora bien, los límites que el nuevo Código y la Ley 26.944 le impone a la aplicación del derecho privado, no impide en modo alguno que,

frente a situaciones no previstas específicamente por la LRE —como sucede, *v. gr.* con las normas relativas al alcance de la indemnización que nace de la responsabilidad estatal por falta de servicio—, se proceda a integrar el ordenamiento lagunoso a través de la interpretación analógica del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial.

Sobre esta cuestión, en los Fundamentos del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, expresamente se señala que si bien las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, “[e]llo no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 310:1578; 321: 174, entre otros)”.

En relación con esta técnica hermenéutica, Reiriz puntualiza que cuando se aplica una norma del derecho civil se la integra con los principios y normas del derecho administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar³⁶.

El Prof. Comadira, por su lado, explica que la analogía supone carencia histórica de normas, y que la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. Puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro³⁷.

Vale recordar que en “Ganadera Los Lagos”³⁸, la ausencia de normas específicas de derecho público llevó al Tribunal a aplicar,

³⁶ REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo argentino, hoy*, 1996, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1997, p. 225.

³⁷ COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 14/15, nota 32.

³⁸ CSJN, Fallos: 190:142.

analógicamente, normas del derecho civil —régimen de las nulidades del acto jurídico— al derecho administrativo —sistema de invalidez de los actos administrativos— mediante una tarea previa de adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del derecho público.

En definitiva, frente a la ausencia de previsiones normativas específicas de derecho administrativo, ninguna norma de la LRE ni del nuevo Código impide la aplicación **analógica** de las normas de derecho privado.

Para proceder a la aplicación analógica de las previsiones normativas reguladoras de la responsabilidad civil, es necesario discernir qué es aquello que la LRE **permite, habilita, ordena o prohíbe** (*v. gr.*, la improcedencia de hacer nacer una responsabilidad estatal por actividad lícita del Poder Judicial; hacer lugar a una pretensión resarcitoria nacida de un acto nulo sin que se hubiera demandado y obtenido la nulidad de ese acto; ordenar sanciones pecuniarias disuasivas).

En definitiva, el sistema legal actualmente vigente permite sostener que:

(i) las normas del CCyC no son aplicables de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado (arts. 1° LRE y 1764 CCyC);

(ii) en supuestos lagunosos, esto es en situaciones que no estén reguladas por la Ley 26.944, corresponde, en primer lugar, recurrir a las leyes análogas (conforme art. 2° CCyC)³⁹ de derecho administrativo;

(iii) frente a la ausencia de una solución normativa singularizada en la LRE como en otras normas de derecho administrativo, se podrá emplear, solo por vía **analógica** (conforme arts. 1°, LRE, y 1764, CCyC), a las normas del derecho privado;

(iv) las normas civiles se deberán adaptar al régimen legal vigente (a la Ley 26.944) y a los principios que lo sustenta;

(v) la aplicación de la norma de derecho privado debe hacerse en función de la especificidad del sistema integrado (Ley 26.944), lo cual conlleva una cuidadosa elaboración que no desvirtúe ni desnaturalice los ejes rectores y fines que inspiran el esquema sistemático de ordenación consagrado por el legislador;

³⁹ Art. 2°.- “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas...”

(vi) la analogía resulta improcedente cuando: a) la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe, como ocurre, *v. gr.*, con las sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1° LRE) o en los supuestos de actividad legítima del Poder Judicial (art. 5° LRE), entre otros supuestos.

3.6. La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos.

Siguiendo la tendencia jurisprudencial que gobernó esta materia durante más de tres décadas, la LRE establece, en el art. 1°, que la responsabilidad del Estado es **objetiva**⁴⁰, lo cual significa que no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio⁴¹.

Consiguientemente, en el régimen legal vigente, si bien es una carga procesal de quien postula la pretensión indemnizatoria acreditar que la actividad o abstención es imputable a un órgano estatal, no resulta en cambio necesario individualizar al autor del daño ni demostrar que incurrió en culpa o dolo. De allí que, a los fines de la configuración de supuesto de hecho previsto en los arts. 3° y 4° LRE, el reproche subjetivo deviene irrelevante.

Así, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad estatal ilegítima, la impronta esencialmente **objetiva**⁴² adoptada en los arts. 1° y 3°, inc. d) LRE, en tanto garantía a favor del particular, está llamada a enjuiciar concretamente la prestación del servicio, el desarrollo legalmente adecuado de la función estatal, más que la conducta de los agentes. En ese sentido, el Alto Tribunal sostiene que “quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe

⁴⁰ El art. 1722 CCyC, sancionado en 2014, establece que el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”. Y agrega: [e]n tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

⁴¹ Conf. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020 y sus citas: Fallos 329:2737; 330:563 y 3447; 331:1690; 341:1555.

⁴² Según el art. 1722 del Proyecto del CCyC, el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”.

individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular...⁴³.

En otros casos, en cambio, el factor objetivo de atribución requiere acreditar la concreta presencia de un esfuerzo desigual, desproporcionado, ante las cargas públicas.

Distinto es la responsabilidad personal del funcionario. En este supuesto, el factor de atribución es subjetivo.

3.7. En el régimen legal vigente, la responsabilidad del Estado opera de manera “directa”, no subsidiaria.

El art. 1° LRE establece que la responsabilidad del Estado es **directa**. De consiguiente, la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios. Ellos no son ni representantes ni mandatarios del Estado. Son sus órganos⁴⁴, esto es, el Estado mismo. Por lo tanto, para que se configure el supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, no es necesario que se identifique ni que, de manera previa, se le reclame a un agente por la lesión resarcible.

Al respecto, el Alto Tribunal sostiene que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este (esto es, del Estado), el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas⁴⁵.

⁴³ CSJN, “Cohen”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

⁴⁴ Los funcionarios y agentes, actuando en el ejercicio de la función, son órganos del Estado. Por ende, lo que ellos realizan se considera que lo hace el Estado mismo y se le imputan a él. Al respecto, la CSJN destaca que “todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para “querer” en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (CSJN, Fallos: 327:5571; 331:2257)”, en CSJN, “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)”, 11/12/2015.

⁴⁵ CSJN, Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; CSJN, “Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 12/06/2007, Fallos: 330:2748, causa S.2790.XXXVIII; “Reynot Blanco c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 2008, Fallos: 331:1690.

Como señalamos, en el régimen legal vigente, el Estado no responde de manera indirecta, en subsidio, de sus agentes o funcionarios. De suyo, la configuración del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad remite a la actividad, activa o pasiva, de la Administración, de sus órganos, sin que se requiera individualizar concretamente el funcionario o agente autor de la conducta productora de daño.

El carácter **directo** de la responsabilidad estatal torna improcedente la responsabilidad del Estado por la actuación de contratistas y concesionarios de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6°). Ni unos ni otros son órganos o entes estatales.

En el esquema legal, para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, resulta indispensable que el hecho generador del daño indemnizable resulte imputable materialmente a un ente u órgano estatal (art. 3, inc. b, y 4, inc. b, LRE). Entre los concesionarios y contratistas y el Estado no existe relación orgánica⁴⁶ que permita atribuir la conducta de aquellos a este. No existe responsabilidad directa ni subsidiaria del Estado por las actuaciones u omisiones propias del concesionario⁴⁷. Este actúa a costa y riesgo⁴⁸.

⁴⁶ Señala Julio R. Comadira que la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la **relación orgánica**, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquel y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva afirma que la persona física que expresa la voluntad del Estado **subsume su voluntad psicológica en la orgánica** de modo que al actuar **por y para** la organización, en la cual se incrusta, permite que esta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, así, su actuación al Estado. Concluye finalmente que los daños causados por los concesionarios o los licenciarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado, en COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, p. 374.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed. argentina anotada [de la novena edición], Bs. As., La Ley, 2006, pp. 392/393) puntualizan: “[e]l dato de la integración en la organización administrativa es, en efecto, básico, tanto positiva como negativamente. Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios). En lo que a los concesionarios se refiere, hay

En Francia, cuando el Estado le delega a otra persona (privada o pública) la prestación del servicio público, es esta quien responde frente a usuarios o terceros por los daños causados en la ejecución del servicio⁴⁹. Según puntualiza la doctrina especializada, esta solución es general y se proyecta para todas las hipótesis en que un servicio público se confía a un sujeto de derecho distinto de su titular⁵⁰.

Sin embargo, existen excepciones. En lo que atañe al contratista o concesionario, el art. 6° LRE no exonera al órgano o ente estatal competente de los daños cuyo hecho generador resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control (art. 3 inc. d, Ley 26.944). Esta situación le es imputable de manera directa al órgano⁵¹. Tampoco el Estado se exime de responsabilidad si

que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos como administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas básicas aplicables a esta, los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos...”

⁴⁸ En “Bianchi”, la CSJN consideró que se debía rechazar la demanda entablada contra una provincia, en su carácter de concedente de una ruta bajo el sistema de peaje por cuanto la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio, en CSJN, “Bianchi”, 07/11/2006, Fallos: 329:4944, Considerando 2°, apartado B.

En los autos “PMR c/ Metrovías SA s/ Daños y perjuicios”, del 24/02/2012, la Sala H de la Cámara Nacional Civil analizó el reclamo de daños por el delito sufrido por la actora luego de descender de una formación de la línea “E” de subtes. La Cámara sostuvo que el concesionario actúa por cuenta propia, y su accionar debe ser atribuido a su propia responsabilidad, sin obligar al concedente.

⁴⁹ PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa* [título original: *La responsabilité administrative*], Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 130.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Conf. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, de 5.11.2020. Dijo la alzada: “... la responsabilidad de los entes reguladores puede configurarse tanto por los daños provocados derechamente por ellos cuanto por los daños ocasionados por una empresa concesionaria debido a la falta de vigilancia que aquéllos deberían ejercer”. Más adelante se señala: “el Estado puede ser condenado a responder

los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación o regulación del servicio⁵². Ciertamente, los fundamentos de una y otra situación son diferentes. En la primera, la falta de control —como falta de servicio— se habrá de configurar si se presenta una abstención (omisión) derivada de la inobservancia de un mandato normativo, expreso y determinado. En la segunda situación la responsabilidad nace por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada (de aplicarse la teoría de la causalidad próxima, que no fue la adoptada por el legislador en el art. 3°, inc. c, de la Ley 26.944, la responsabilidad recaería en el concesionario).

3.8. El derecho a la reparación de los daños jurídicos nace siempre que se alegue y pruebe que el hecho generador se subsume en alguno de los factores de atribución previstos en la ley: falta de servicio o sacrificio especial.

La LRE consagra dos subsistemas de responsabilidad: uno por actividad y omisión ilegítima (art. 3°); otro por actividad lícita (art. 4°). El elemento primordial del primer subsistema reside en el factor de atribución **falta de servicio** (art. 3, inc. d); en el segundo, la nota caracterizadora se aloja en factor de atribución, también objetivo, **sacrificio especial** (art. 4°, inc. d).

3.8.1. Falta de servicio

3.8.1.1 La falta de servicio en la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima

Tanto en el régimen jurisprudencial como en el sistema legal vigente, la falta de servicio se presenta como un requisito indispensable del supuesto de hecho que origina la obligación de indemnizar por actividad ilegítima. Como destaca acertadamente Perrino, el legislador

patrimonialmente si los daños sufridos por terceros, en el marco de la concesión, son consecuencias directas del ejercicio irregular del poder de control sobre el servicio y siempre que la conducta estatal sea jurídicamente relevante en la producción del evento dañoso”.

⁵² Así lo prescribe el art. 2° de la Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz (Ley Provincial de Adhesión a la Ley Nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal).

ubica a la “falta de servicio” como el centro de la responsabilidad por actividad estatal ilegítima⁵³.

En efecto, la CSJN, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944, sostuvo⁵⁴ que la procedencia del reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debe reunir los siguientes requisitos: que el Estado haya incurrido en una falta de servicio (art. 1112 CC) o ejecución irregular del servicio⁵⁵, por acción u omisión; que la actora haya sufrido un daño cierto⁵⁶, aunque también en algunos fallos se exigió que el perjuicio fuera actual⁵⁷; y que exista una relación de causalidad (en algunos supuestos se exige que sea directa)⁵⁸ entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁵⁹.

En esta sentido la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en un fallo reciente, enfatiza que según la invariable doctrina de la CSJN de los últimos treinta años “la configuración de la responsabilidad estatal está inescindiblemente vinculada con la comprobación de una “falta de servicio”, de un daño cierto, de una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya

⁵³ Perrino, Pablo E., “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes publicos”, LL diario del 31-3-2015.

⁵⁴ CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios”, 2011, Fallos: 334: 376, Considerando 3°; “Zonas Francas Santa Cruz c/ EN”, 2009, Fallos: 332: 1367, Considerando 6°; “Ramos”, Fallos: 328:2547, Considerando 7°.

⁵⁵ CSJN, “Reynot”, 12/08/2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6°.

⁵⁶ CSJN, “Periopontis SA c/ E.N. M° de Economía s/ Daños y perjuicios”, 04/10/2011, Considerando 4°.

⁵⁷ CSJN, “Morrow de Albanesi”, 17/08/2010, Fallos: 333:1404, Considerando 7°.

⁵⁸ CSJN, “Periopontis SA...”, fallo cit., Considerando 4°.

⁵⁹ La CSJN, en Fallos: 328:2509, le asigna al nexo de causalidad el carácter de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”. También se ha señalado que aquélla es una **condición** indispensable para que pueda atribuirse hacer nacer el deber de resarcir, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ EN”, 01/06/2000. Como indicamos en el texto, la relación de causalidad es un elemento indispensable, esencial, del supuesto de hecho que lleva a la indemnizabilidad.

reparación se persigue, y de la posibilidad de imputar jurídicamente el daño al órgano estatal”⁶⁰.

Por su parte, el art. 3° de la Ley 26.944 establece que los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Como dijimos, el núcleo de este primer subsistema reside en el factor de atribución falta de servicio.

Según se desprende del texto legal, la falta de servicio está directamente identificada con el irregular cumplimiento de la función pública asignada a un órgano o ente estatal⁶¹.

El fuero especializado en materia administrativa subraya, en línea con la doctrina al alto Tribunal, que la idea objetiva de la falta de servicio traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, *por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*⁶².

⁶⁰ Cám. Nac. Cont.- Adm. Fed., sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020, y sus citas: Fallos 306:2030; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699; 327:1780; 330:563; 331:1690; 334:376; 341:1555; y causa CSJ 001568/2016/RH00117/03/2020 “Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 17 de marzo de 2020).

⁶¹ CSJN, Fallos: 331:1690, Considerando 6°. Al respecto, el Tribunal señala: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (CSJN, Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

⁶² Cám. Nac. Cont.- Adm. Fed., sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020, y sus citas.

Este factor de atribución es una construcción propia del derecho público⁶³, ajena al derecho privado. La Ley 26.944 lo asocia a la anti-juridicidad objetiva. Ello se desprende del propio art. 3°, inc. d) de la referida ley.

La ley vigente es precisa en su conceptualización. Al referirse a la falta de servicio no emplea el sintagma “funcionamiento defectuoso del servicio” ni tampoco hace referencia a la ambigua, poco luminosa y bastante subjetiva⁶⁴, noción de anormalidad.

El art. 3°, inc. d) LRE conceptualiza la falta de servicio como “una actuación u omisión irregular de parte del Estado”. Asimismo, en ese mismo inciso también emplea el sintagma “inobservancia de un deber normativo”.

En estas condiciones la falta de servicio —en los categóricos términos utilizados por el art. 3°, inc. d) LRE— está ligada, de modo general, a la presencia de una conducta antijurídica⁶⁵, a la falta de legitimidad de la conducta estatal⁶⁶, a una irregularidad en el ejercicio de la función estatal, a la falta de una regular prestación⁶⁷, a la violación frente a las obligaciones del servicio regular⁶⁸.

⁶³ El Prof. Juan C. Cassagne (“Reflexiones sobre los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL 2005-D-1268) señala que en el derecho público las soluciones reparatorias se deben fundar en criterios objetivos vinculados con el funcionamiento defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato). Desde ese miraje enfatiza, a nuestro juicio con acierto, que la teoría del riesgo tiene un campo de aplicación excepcional en el derecho administrativo, no en forma directa sino por analogía. Por su parte el Prof. Perrino (op. cit.), desde una posición pragmática, cuestiona a la LRE en cuanto no ha contemplado el riesgo de las cosas o de la actividad riesgosa. Frente a lo que entiende es un “defecto” del régimen legal vigente, este autor considera propicia acudir a la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica.

⁶⁴ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁵ CSJN, “R., G. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Indemnización de daños y perjuicios”, 15/07/2014.

⁶⁶ CSJN, “Cohen Eliazar”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

⁶⁷ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y perjuicios”, 08/10/2013. En este caso se examinaba si existió incumplimiento en el deber de seguridad por parte del Estado.

⁶⁸ *Ibid.*

De consiguiente, para determinar si efectivamente se configura la falta de servicio se debe examinar el sistema normativo dentro del cual se encauza la actividad a la que se le imputa el daño y, desde allí, realizar un juicio de comparación entre la concreta actuación o abstención —a la que se le asigna aptitud generadora del daño— y el régimen jurídico específico (*v. gr.*, Constitución, tratado, ley y reglamento) que rigen la función estatal.

Para comprobar si concurre este requisito indispensable del supuesto de hecho que da origen al deber de reparar es necesario, en primer lugar, realizar un juicio de comparación entre la actuación y el sistema normativo rige esa actividad. En segundo término se debe verificar, *in concreto*, si se han observado, total o parcialmente, los deberes y obligaciones establecidos por la norma aplicable⁶⁹; finalmente se habrá de constatar si en el ejercicio de la función existió incumplimiento del régimen jurídico que rigen la actividad. A tal efecto se deberá considerar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo dentro del cual se encauza la actuación estatal enjuiciada.

Ciertamente, no se puede determinar si la actuación, activa o pasiva, o abstención es ilegítima si previamente no se examina la totalidad del ordenamiento jurídico dentro del que se inserta la actividad estatal a la que se le imputa el daño. Ello es así pues, como enseña la doctrina, el factor de atribución falta de servicio opera como dispositivo de reenvío⁷⁰.

⁶⁹ Con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944, la doctrina del fuero especializado en materia administrativa, en línea con la doctrina del Alto Tribunal, señalaba que es necesario para configurar la falta de servicio por acción u omisión “que haya un incumplimiento por parte de los órganos y funcionarios públicos a una obligación legal expresa o implícita, es decir, que de actuar el Estado o sus agentes de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico, se evitaría ocasionar daños a las personas” (cfr. CNCAF, sala 1ª, *in re* “De Llantada, Mirta Lilian c/ Estado Nacional —M° Justicia y DDHH— Inspección General de Justicia s/ Proceso de conocimiento”, 06/07/2010, y, en este sentido, Fallos: 329:2737; 330:3447; 333:2426; entre otros).

⁷⁰ Al referirse al art. 1112 CC, en torno al cual la CSJN elaboró la doctrina de la idea objetiva de falta de servicio, la Prof. Reiriz puntualiza que aquella es una norma incompleta, más bien una norma de reenvío “porque para determinar si la conducta u omisión del funcionario público puede equipararse al hecho ilícito, habrá que analizar las leyes que rigen el servicio o función pública en

La falta de servicio, está asociada al irregular ejercicio de la función estatal; es una figura **poliédrica**, en tanto y en cuanto exhibe diversas caras y formulaciones. Se puede manifestar a través de una actuación, ora material, ora formal. En este último supuesto, la actuación formal puede ser activa o pasiva. Unas y otras pueden dañar derechos o intereses disponibles (esencialmente patrimoniales) o indisponibles (como la vida, la salud y todo aquel otro que ponga en juego, de manera directa, el principio de dignidad). Así la falta de servicio por actuación formal activa se presenta cuando la autoridad pública emite un acto administrativo que revoca, de manera ilegítima, otro acto anterior por el cual se autorizó la realización de una actividad comercial o industrial; en cambio existe falta de servicio nacida de una actuación formal pasiva, cuando, *v. gr.*, se emite un acto administrativo que deniega aquello que, jurídicamente, corresponde otorgar. Este último supuesto de falta de servicio por actuación formal pasiva no se confunde con la omisión. Ello es así pues en esta (omisión) existe abstención de hacer aquello que está jurídicamente preestablecido. En la actuación formal pasiva, en cambio, hay declaración, existe un proceso intelectualivo previo, pero el contenido del acto es indebidamente denegatorio.

La falta de servicio por omisión —esto es, la abstención de actuar— también puede ser material —*v. gr.*, inobservancia de un deber jurídico determinado a cargo del Estado basado en una concreta obligación preexistente de proveer a la seguridad— o formal —*v. gr.*, no pronunciarse, previa solicitud de pronto despacho, en tiempo útil—.

Vale recordar que la indemnización de los daños lleva implícita la realidad de los perjuicios y que, para su fijación judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad⁷¹.

La jurisprudencia presenta a este factor de atribución como falta de prestación del servicio⁷², como ejecución irregular de la

que se encuentra encuadrado tal agente (por ejemplo las leyes de los Registros de Propiedad Inmueble, las leyes orgánicas de la Policía, las leyes orgánicas del Poder Judicial o el Reglamento de la Justicia, y tantas otras)", en REIRIZ, M. GRACIELA, *op. cit.*, p. 227.

⁷¹ CSJN, "Periopontis SA...", fallo cit.

⁷² CSJN, "Migoya", 20/12/2011, Fallos: 334:1821. En este caso, frente a los desmanes del público asistente a evento deportivo, la conducta reprochable

función⁷³ o del servicio⁷⁴, o como inobservancia de actuar tempestivamente⁷⁵. En otras ocasiones se muestra como una abstención frente a un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente⁷⁶.

En la doctrina francesa es clásica la clasificación de Duez. Este autor considera tres casos típicos de falta del servicio: el servicio ha funcionado mal; el servicio no ha funcionado; el servicio ha funcionado tardíamente. Esta taxonomía ha sido criticada por Paillet puesto que, el primer rubro, resulta en “extremo amplio” y los otros dos son estrechos y muy próximos⁷⁷.

La carga de la prueba del factor de atribución pone en cabeza de quien postula la pretensión resarcitoria la carga procesal de “describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo...”⁷⁸. El alto Tribunal sostiene que para considerar responsables al Estado nacional o sus organismos por falta de servicio no basta con enumerar una serie de actos o conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su

a los órganos de la policía de seguridad consistió en no haberse ajustado a las directivas impartidas por los superiores que ordenaban el repliegue y haberse involucrado en una riña descontrolada con la concurrencia que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta.

⁷³ CSJN, “Reynot Blanco”, del 12/08/2008, Fallos: 331:169. En este caso se hizo lugar a la pretensión indemnizatoria por responsabilidad estatal contra una provincia al haberse verificado un cumplimiento irregular de su función registral, es decir, se incurrió en el ejercicio defectuoso de las funciones encomendadas al registro.

⁷⁴ CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748. En este caso la irregular ejecución del servicio consistió en no cumplir con el deber de custodia de documento nacional de identidad, tal como establecía el convenio entre la Nación y una provincia.

⁷⁵ CSJN, “Mezzadra”, 08/11/2011, Fallos: 334:1302. En este caso el Tribunal consideró que existe falta de servicio por cuanto el poder judicial empleó un plazo excesivo o irrazonable para dirimir un proceso judicial.

⁷⁶ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

⁷⁷ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, pp. 150/154.

⁷⁸ CSJN, “Hisisa Argentina s/ Daños y perjuicios”, 12/08/08, Fallos: 331:1730, Considerando 6°.

legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama⁷⁹.

La falta de servicio requiere dar cumplimiento a la carga de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, se debe describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo⁸⁰. Es evidente que la procedencia de la pretensión resarcitoria requiere individualizar del modo “más claro” y “concreto” la “actividad” que “específicamente” se reputa como “irregular”⁸¹.

Los tribunales especializados destacan, en línea con la jurisprudencia de la Corte, que en aquellos supuestos en que la responsabilidad estatal pretende fundarse en la falta de servicio, el actor debe “probar del modo más concreto posible el ejercicio irregular de la función”⁸².

Va de suyo que no alcanza con demostrar la configuración de falta de servicio. El art. 3º, inc. a) LRE, consagra como primer recaudo indispensable, al daño, esto es, a la lesión no justificada sobre un interés jurídicamente protegido. La norma establece que debe existir un “daño” “cierto” “debidamente acreditado por quien lo invoca”, que, a la vez, resulte “mensurable en dinero”.

De consiguiente, quedan fuera del radio de la indemnizabilidad los daños meramente eventuales o conjeturales⁸³. Es que, como enfatiza el Alto Tribunal, la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado⁸⁴.

⁷⁹ CSJN, “Friar”, Fallos: 329:3966.

⁸⁰ CSJN, “López Casanegra”, 15/08/2006, Fallos: 329:3168. El resaltado me pertenece.

⁸¹ Fallos 317:1233 (Román).

⁸² CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Brusa, Laura V. c/ Estado Nacional - Prefectura Naval Argentina”, 20/04/2014, y sus citas de CSJN, Fallos: 317:1233; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973, 329: 3168 y 3966; 331:1730, entre otros); CNAC. CONT. ADM. FED, Sala I, “Zainbrana María Arellano”, 19/05/1998; y Sala II, “Mucciolo, Rubén Alberto”, 20/05/2008.

⁸³ CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748.

⁸⁴ CSJN, Fallos: 307:169, y sus citas.

3.8.1.2 *La falta de servicio en la responsabilidad del Estado por omisión*

En lo que atañe a la falta de servicio nacida de la inactividad estatal, el art 3°, inc. d), *in fine*, LRE establece que la omisión “solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Desde una perspectiva jurídica, la falta de servicio por omisión asume como presupuesto que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo.

Sin embargo, no basta acreditar que se ha dejado de actuar. Es necesario demostrar que esa abstención de hacer, ese haber dejado de hacer algo, configura un incumplimiento, total o parcial, de un mandato normativo.

En efecto, en esta variable de la responsabilidad estatal se requiere demostrar que existe una abstención de realizar una actividad —formal o material— establecida por una norma u otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria. Ciertamente, en algunos supuestos, esa abstención se podrá presentar mediante la realización de una conducta diferente a la debida, pudiendo dar lugar, en este supuesto, a una abstención solo parcial.

Para que se configure la falta de servicio por omisión, se requiere algo más que una abstención o un no hacer. Es necesario que la actuación estatal que se le imputa al órgano no haber realizado sea de observancia obligatoria (y posible, jurídica y materialmente) por estar prescrita en un precepto normativo válido (juridicidad) que concierne al ámbito de incumbencias funcionales del órgano en razón de la materia, territorio, tiempo y el grado (competencia).

En ese entendimiento el art. 3°, inc. d) LRE, prevé que la falta de servicio por omisión se configura “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

La formulación del precepto legal guarda congruencia con la doctrina del Alto Tribunal, labrada en 2013, en la que se subordinó la procedencia de la pretensión indemnizatoria por omisión ilegítima del Estado a la existencia de un “deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”⁸⁵.

⁸⁵ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

Con posterioridad, en un supuesto donde se discutía la omisión antijurídica en el ejercicio del poder de policía, el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que la responsabilidad del Estado en tales casos exige verificar que el Estado incurra en falta de servicio; que el actor haya sufrido un daño cierto y que exista una relación de causalidad directa entre la conducta u omisión estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue, y a continuación expresó: “sólo le puede haber responsabilidad al organismo oficial si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 329: 2088 y 332: 2328)”⁸⁶.

Es menester realizar una aclaración: la correcta hermenéutica del art. 3, inc. d, *in fine*, LRE, permite verificar que esa previsión normativa, cuando se refiere al deber normativo de actuación expreso y determinado, no alude al principio de competencia -por cuyo conducto se establece a quién le incumbe, según la parcela de poder atribuida por la Constitución, las leyes y los reglamentos que se dicten en consecuencia, realizar una determinada acción o conducta, formal o material), sino a una de las variables del principio de juridicidad entendido como presupuesto, cierto y determinado, de actuación.

En efecto: cuando el art. 3°, inc. d) remite al “deber normativo de actuación”, alude al principio de juridicidad, en su condición de encargo jurídico de actuación. En modo alguno se podrá examinar esa previsión normativa desde los estándares que fijan el alcance de la competencia. “Deber normativo de actuación”, como reza el art. 3°, inc. d) se refiere a mandato legal (juridicidad). La competencia, en cambio, indica esfera de incumbencia o atribuciones del órgano según la fijan la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia (art. 3° de la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo —LNPA—). En tal sentido, estimamos que no resulta adecuado intentar extraer del principio de especialidad un deber o manda jurídica. Ello es así pues el principio de la especialidad es una técnica para determinar el alcance de la competencia material del órgano. En tal sentido, a los fines de la

⁸⁶ CSJN, “Albo, Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios”, DE 6-11-2018.

interpretación del art. 3, inc. d) consideramos desacertado fundir el principio de juridicidad con el de competencia.

Claro está, así como la irregularidad requiere demostrar que existe una abstención del órgano o ente frente a un mandato normativo determinado —con lo cual se descarta la configuración de la irregularidad cuando el orden normativo faculta al órgano a optar entre actuar o no hacerlo, puesto que no cabe imputar falta de servicio frente a una actividad típicamente discrecional—⁸⁷ no lo es menos que al referirse a mandato normativo “expreso”, el art 3°, inc. d) lleva ínsita la observancia del contenido implícito de ese deber de actuación.

Ese contenido implícito, esto es, el efecto jurídico incluido en el mandato de actuación —que insisto, no se confunde con la medida de la potestad, esto es, la competencia— puede emanar de un acto administrativo⁸⁸, de un reglamento, de la ley o de la propia Constitución⁸⁹. Concretamente: el contenido implícito de la norma, o del acto, indica la existencia de un mandato jurídico que está **inescindiblemente incluido** en una norma o acto estatal obligatorio.

El art. 3°, inc. d), *in fine*, es una previsión normativa que desalienta las ingeniosas arquitecturas jurídicas basadas en previsiones normativas genéricas, dotadas de un alto grado de abstracción. A partir de ella, el legislador consideró, de modo prudente, que el instituto de la responsabilidad del Estado no puede ser instrumentalizado para convertir a éste en un asegurador anónimo de frente a cualquier tipo de situación.

Frente al utopismo reparador que pregona un sector doctrinal, la LRE, haciendo **reserva de lo posible** en este momento histórico y

⁸⁷ Ver CSJN, “Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) por conducto del Ministerio de Interior de la Nación”, 18/09/2007, Considerando 5°.

⁸⁸ Doctrinalmente se distinguen el contenido natural, el implícito y el eventual. Mientras el primero es aquel que necesariamente forma parte del acto administrativo y lo diferencia con relación a los demás, el segundo concierne a los efectos que si bien no son expresos, están incluidos en el acto. El tercero, el accidental o eventual, atañe a las prestaciones o modalidades que el órgano emisor puede o no incorporar.

⁸⁹ CSJN, “Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN –CSJN– Consejo de la Magistratura – art. 110 s/ Empleo público”, 21/04/2015, Considerandos 19 a 22.

atendiendo las propias advertencias de la jurisprudencia⁹⁰, ha sido cauto y no ha sucumbido a las presiones ejercidas desde diversos ámbitos.

En ese orden, es evidente que el sistema legal refleja la decisión del Congreso de preservar la función genuinamente reparadora de la responsabilidad estatal, evitando convertir al instituto en una suerte de seguro de indemnidad que pudiera ser indebidamente utilizado como mecanismo extractivo de los recursos públicos que tienen destino de bien común.

Vale recordar que, con anterioridad a la Ley 26.944, la jurisprudencia especializada desarrollaba la responsabilidad por omisión en términos similares a los que establece el art.3 inc. d⁹¹.

3.8.2 .Sacrificio especial

El segundo subsistema atañe a la responsabilidad por actividad legítima. En este ámbito el factor de atribución adoptado por la LRE,

⁹⁰ La doctrina jurisprudencial del fuero especializado en derecho público señala que “no es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general”, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, Considerando VII.

⁹¹ La doctrina labrada de la CNac. Cont. Adm. Fed. vigente al momento de la sanción de la LRE, es plenamente compatible con el art. 3°, inc. d) *in fine*. Así, asevera el tribunal: “[l]a configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan con una obligación legal expresa o implícita (...) Y resulta imprescindible agregar que, para que se genere la obligación de reparar es necesario que se trate de un deber concreto que no opere en dirección genérica y difusa...”, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “C., M. M. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina”, 21/12/2010. Sobre esa estructura el Tribunal rechazó la demanda iniciada por los familiares de una persona que se suicidó mientras estaba detenida en el calabozo de la comisaría. El Tribunal consideró que el factor de atribución de responsabilidad invocado por la accionante como falta de servicio, concierne al incumplimiento de los deberes de custodia y seguridad específicos respecto de los detenidos, no se encuentra configurado, simple y sencillamente, porque si bien la Policía Federal tiene —entre su deberes— lo atinente a la preservación de la integridad física y psíquica de las personas alojadas en sus establecimientos, en el caso de autos no se había incurrido en la omisión de deberes a cargo de los agentes policiales encargados del control del sector en el que se encontraba la persona que se suicidó.

en claro seguimiento de la jurisprudencia preexistente⁹², es el sacrificio especial.

El art. 4º, inc. e) presenta a este factor de atribución como un padecimiento “diferenciado” en relación con el “que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

La idea de sacrificio especial en aras del interés público remite a la idea de un perjuicio específico, grave y anormal. No cualquier daño es susceptible de reparación por conducto de este instituto. Debe existir actividad válida del Estado, que produzca un perjuicio particular desproporcionado para alcanzar finalidades de **interés general o colectivo**⁹³.

En la LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la indemnizabilidad por la actividad estatal legítima requiere alegar y probar que existe un supuesto de sacrificio desigual. El damnificado debe exhibir, pues, un perjuicio especial, esto es, que su situación recibió un **tratamiento especialmente desfavorable**⁹⁴. El paradigmático *arret* “La Fleurette” (referencia obligada en esta materia) plantea un supuesto típico de sacrificio especial en aras del interés público, que en tanto perjuicio singularizado que rompe la igualdad ante las cargas públicas, debe ser soportado por la comunidad.

En este ámbito, la calificación de **excepcional**⁹⁵ que le brinda el art. 5 a la responsabilidad por actividad estatal legítima, se identifica con la idea de apartamiento de lo que es general, común.

De ordinario, la actividad lícita, esto es, la actividad jurídicamente justificada, no es indemnizable. Este principio, con toda lógica, rige en

⁹² CSJN, “Columbia”, Fallos: 315:1031.

⁹³ CSJN, Fallos: 316:406.

En “Los Pinos”, Fallos: 293:617, la Corte federal señaló que el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad no es propio que sea soportado únicamente por aquella, de lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución”.

⁹⁴ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁵ El art. 5º de la Ley 26.944 establece: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

el derecho privado⁹⁶ y en el público⁹⁷ —en ambos casos, con las modulaciones propias de cada una de esas disciplinas—. Lo que es extraordinario, lo que resulta excepcional, es la dispensa a ese principio.

En el derecho público, la dispensa se produce cuando se verifica un sacrificio especial —tal como lo califica la Ley 26.944—; esto es, cuando se comprueba que una actuación estatal lícita origina a una persona determinada un **padecimiento** —afectación de un derecho adquirido— que resulta **desproporcionado** con respecto al resto de los miembros de la comunidad.

La responsabilidad por la actividad lícita del Estado, enfatiza el Alto Tribunal, “no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad”⁹⁸.

El texto legal está en línea con la doctrina jurisprudencial, expresada apenas un par de meses antes de la sanción de la ley, en cuanto identifica el sacrificio especial con las **consecuencias anormales**, en tanto van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales y “significan para el titular del derecho un verdadero **sacrificio desigual**, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional”⁹⁹.

⁹⁶ El art. 1718 CCyC establece que “[e]stá justificado el hecho que causa un daño: a) en el ejercicio regular de un derecho”.

⁹⁷ Dijo el alto Tribunal: “... en principio, el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente” (Fallos 317:1233, cons. 12).

⁹⁸ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ Proceso de conocimiento”, 15/05/2014, en JA 2014-III-233.

⁹⁹ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional”, 15/05/2014, Considerando 10. El Tribunal destaca, en el Considerando 11, que “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir —a través de él— finalidades de interés general o colectivo (Fallos: 312: 2266; 316: 397)”. En igual sentido, Fallos 317:1233, cons. 12.

En este mismo precedente, el Tribunal puntualiza que la procedencia de la pretensión de responsabilidad estatal requiere que la actividad del Estado produzca **una lesión a una situación jurídicamente protegida**¹⁰⁰. La ausencia de una lesión sobre un interés jurídicamente protegido determina la improcedencia de la pretensión indemnizatoria por actividad legítima puesto que, en ese supuesto, no se configura un daño resarcible con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas¹⁰¹.

El sacrificio especial, consagrado como factor de atribución objetivo de la responsabilidad por actividad legítima del Estado, alude a la idea de especialidad del daño. Se refiere a un padecimiento jurídicamente relevante —en tanto se concretiza en un menoscabo a una situación jurídica protegida— que resulta desigual con respecto al conjunto social.

La Ley asume la doctrina jurisprudencial en cuanto considera al “sacrificio especial” como la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad¹⁰².

Al respecto, se señala que en estos casos se deberá indemnizar la afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad.

Por cierto, la correcta ponderación del “sacrificio especial”, como factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado, exige valorar la idoneidad y necesidad del padecimiento singular que sufre el particular de acuerdo con los fines de interés público perseguidos por el acto estatal que lo produce, esto es, con las necesidades sociales que la ley, el acto o el hecho están llamada a satisfacer y con magnitud de los bienes jurídicos comunes que la medida viene a proteger.

La concurrencia de este factor de atribución lleva ínsito un deber implícito de observar los subprincipios de idoneidad y necesidad. Es por ello que el sufrimiento desigual, diferenciado, al que alude el art. 4°, inc. e) LRE debe guardar proporcionalidad (interna) con los objetivos colectivos que el acto estatal pretende alcanzar. Por consiguiente, el

¹⁰⁰ CSJN, “Malma”, 2014, Considerando 11; “Revestek”, 1995, Fallos: 318:1531.

¹⁰¹ CSJN, Fallos: 318:1531.

¹⁰² CSJN, “García”, Fallos: 315:1892.

padecimiento especial que exceda el subprincipio de necesidad, o el de adecuación, quedará situado a extramuros del art. 4º, inc. e) LRE.

Este segundo subsistema no prevé la responsabilidad por omisión lícita. En ese orden, la objeción planteada al texto legal por esa supuesta carencia, con fundamento en el *arret* “Couitéas” (resuelto por el Consejo de Estado francés en 1923), debe ser rechazada de plano.

A nuestro modo de ver, el citado *arret* no configura un supuesto de responsabilidad por omisión lícita. Muy por el contrario, el deber de responder nace frente a un acto (no una omisión) de contenido denegatorio, que es algo diferente.

En efecto, en el invocado *arret* “Couitéas”, el derecho para solicitar una indemnización pecuniaria por quien se ve impedido de expulsar de sus tierras a quienes se consideraban ocupantes legítimos desde tiempos inmemoriales, no tuvo origen en una omisión lícita del gobierno francés —que negó la ayuda militar indispensable para ejecutar una sentencia que ordenaba la expulsión de tribus autóctonas que ocupan un terreno en Túnez—, como alguna doctrina vernácula ha indicado. El derecho a una indemnización, a cargo de la comunidad, fue el producto de un **acto** del gobierno que **denegó** el auxilio de la fuerza armada para expulsar a los ocupantes de parcelas de tierra que eran propiedad del Sr. Couitéas —beneficiario de un fallo favorable que no puede ser ejecutado por la negativa del gobierno en aras del interés general— con el propósito de conservar, de ese modo, el orden y la seguridad públicas en razón de los graves disturbios que ocasionaría la observancia del mandato de la justicia.

3.9. La relación de causalidad, en tanto es un requisito indispensable del supuesto de hecho que genera la obligación indemnizar (arts. 3º, inc. c, y 4º, inc. c, de la Ley 26.944), está llamada a cumplir una doble función.

3.9.1. Concepto y función

El nexo de causalidad es un requisito indispensable¹⁰³ y autónomo del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial

¹⁰³ Así lo señala la CSJN en “Syntex SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, 21/11/2000, Fallos: 323:3765, Considerando 6º.

del Estado. Los arts. 3°, inc. c)¹⁰⁴, 4°, inc. c)¹⁰⁵, y 2°¹⁰⁶ de la Ley 26.944, se refieren a él, ora de manera directa, ora de modo indirecto.

3.9.1.1. Un abordaje inicial permite visualizar al nexo de causalidad como un vínculo externo y objetivo entre el daño y el hecho generador, entre el cambio y su causa. Desde esta atalaya la relación de causalidad se presenta como el enlace material, el encadenamiento fáctico particular, entre un hecho antecedente y un suceso consecuente.

Un examen más profundo permite considerar al nexo causal como el elemento que une, liga o vincula la actividad u omisión estatal, subsu- mible en alguno de los factores de atribución previstos por la ley, con el daño jurídico, esto es con las consecuencias que le son legalmente imputables al hecho generador.

En ese entendimiento, creemos que la relación de causalidad como elemento indispensable del supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, se presenta como el genético vínculo de conectividad que liga un cambio jurídicamente relevante del mundo externo, denominado “daño” (entendido como un menoscabo o lesión a las relaciones de utilidad o disponibilidad que tutela un derecho o interés), con un suceso antecedente (también jurídicamente relevante) denominado “hecho generador” (obrar, simple o complejo, activo o pasivo, material o formal, imputable a un ente u órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas) subsumible en algún “factor de atribución”

La CSJN lo califica al nexo causal como recaudo “**ineludible**” (“Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ EN”, 2009, Fallos: 332:1367, Considerando 6°). En Fallos: 328:2509, se le reconoce la condición de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”.

¹⁰⁴ El art. 3°, inc. c) establece que es **requisito** para que nazca la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima “la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”.

¹⁰⁵ En lo que atañe a la responsabilidad por actividad legítima, el art. 4°, inc. c) LRE prescribe que debe existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

¹⁰⁶ A su vez, el art. 2° LRE establece las causales de exención de responsabilidad. Se contemplan los daños y perjuicios que se deriven del caso fortuito o fuerza mayor; los daños producidos por el hecho de la **víctima** o de un **tercero** por quien el Estado no debe responder.

habilitado por la ley aplicable: falta de servicio (art. 3° inciso d) o “sacrificio especial” (art. 4° inciso c).

Sin embargo, además de amalgamar los elementos estructurales del supuesto de hecho que genera el deber de indemnizar, la relación de causalidad fija -extiende, pero a la vez limita- el alcance de las consecuencias dañosas que, en cada, corresponde imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

De consiguiente, en el régimen legal vigente las dos funciones de la relación de causalidad -la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles- dependen de la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

3.9.1.2. Teorías jurídicas que explican la relación de causalidad

Desde el vértice jurídico, la relación de causalidad plantea una cuestión capital: sobre qué bases es posible aseverar que un hecho modificador de la realidad ha sido producido por otro. Doctrinalmente se han postulado distintos criterios para resolver este problema.

1. Así, la teoría de la ***equivalencia de condiciones***¹⁰⁷ o, de la *conditio sine qua non*, sostiene que toda condición que ha contribuido al resultado es la causa de ese resultado.

De este modo se rechazan las diferencias que pudieran existir entre los distintos antecedentes que preceden al resultado, situando a todos ellos en el mismo plano.

La teoría de la equivalencia de condiciones confiere igual relevancia a cualquiera de las múltiples causas que antecedieron al resultado dañoso. De suyo, al ubicar en un mismo plano de importancia a todos los elementos que han concurrido a la producción del daño esta teoría no selecciona ni jerarquiza entre la pluralidad de antecedentes. Considera a todas las condiciones con el mismo valor en la producción del daño.

¹⁰⁷ Esta teoría se la vincula con la noción de causa formulada por el filósofo John Stuart Mill, quien sostenía: “la causa, pues, filosóficamente hablando es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hace que siga el consiguiente...”

Bien se ha señalado esta teoría, inicialmente formulada por Von Buri, renuncia a distinguir entre causas o a privilegiar unas sobre otras¹⁰⁸.

La aplicación de esta teoría al ámbito de la responsabilidad del Estado conduce a que el deber de indemnizar puede imponerse al autor de cualquiera de ella y por lo tanto también a la Administración, que es la que en general por razones de solvencia, habrá de aparecer con mejores posibilidades materiales para responder¹⁰⁹.

Al considerar a cada condición como causante del resultado ello conduciría a una responsabilidad sin límites¹¹⁰. De allí entonces que resulta extraño que a la teoría de la equivalencia de condiciones se la hubiese calificado de extrema, pues otorga una nítida prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración.

2. La teoría de la *causalidad exclusiva* predica, en cambio, que el nacimiento de la responsabilidad depende de que los daños sean producidos por la única intervención del demandado.

La aplicación de esta teoría a la responsabilidad estatal trae como consecuencia que la concurrencia al menos de una causa extraña a la actividad administrativa libera totalmente a la autoridad pública del deber de indemnizar.

3. La *teoría de la causa próxima*, o del último antecedente, sostiene que solo el hecho temporalmente más próximo es el más relevante, y descarta a los más remotos.

Se considera causa al antecedente, que en lo cronológico, se encuentra más próximo al momento del daño¹¹¹. Así, desde esta perspectiva,

¹⁰⁸ Zaffaroni, E. Raúl, *Derecho Penal*, Parte General, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 464.

¹⁰⁹ En el derecho francés, explica Paillet, no puede decirse que el juez administrativo haya hecho realmente suya la teoría de la equivalencia de las condiciones, como lo demuestra, por ejemplo la sentencia Montreer (CE, 21 de marzo de 1969), pues la expedición irregular de una autorización para portar armas no se considera causa de la muerte perpetrada tres años más tarde por su beneficiario, aunque haya podido jugar algún papel en su comisión (Paillet, Michel, *La responsabilidad administrativa*, (Título original: La responsabilité administrative), Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 91.

¹¹⁰ Santos Briz, op. cit. pág. 213.

¹¹¹ Paillet explica que si bien la proximidad temporal puede jugar un papel en la admisión del vínculo de causalidad (cita la decisión del CE, del 29-4-87, en

habrá relación de causa a efecto *si el hecho ha precedido inmediatamente* a la realización del daño.

4. Dentro del elenco de teorías que podemos denominar mixtas, encontramos a la ***teoría de la causa eficiente***.

Esta teoría selecciona la condición que implica una posibilidad máxima o, por lo menos, importante y que, con criterio cuantitativo, ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado.

Se busca la eficiencia en la condición que sea más activa. Se dice: si bien todas las condiciones son necesarias, desde el momento en que todas contribuyeron para la producción de daño, media entre ellas una clara diferencia de eficiencia. Con criterio cualitativo se ha denominado causa al antecedente del resultado “que desde el principio está conteniendo el efecto”. Así, gráficamente se explica que la semilla es la causa de que la planta nazca; la humedad, el suelo, son condiciones.

Sin embargo, algunas posiciones identifican la causa eficiente con el hecho decisivo en la producción del daño, en claro acercamiento con la teoría de la causalidad adecuada que veremos seguidamente.

5. Una de las teorías más reconocidas en esta materia es la *de la causalidad adecuada*.

En nuestro medio ella fue inicialmente propiciada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil de 1961 y admitida, si bien tímidamente, en el art. 906 del Código Civil reformado en 1968 mediante el Decreto-ley 17.711/68¹¹².

Banque Poulair de la Région Economique de Strasbourg); en Francia el juez no se detiene forzosamente en el último acontecimiento sobrevenido antes del daño, pues él no impide remontarse más allá de la cadena de las responsabilidades (Paillet, op. cit.).

¹¹² La Cámara Civil de la Capital, sala J, en la causa “Aguilar, Elena B. v. Alvear Palace Hotel y otros”, del 4 de mayo de 2007, dijo: “Nuestro Código Civil adopta el sistema de la causalidad adecuada de conformidad a los arts. 901 a 906, que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si aquél ha sido suficiente o idóneo para producir las consecuencias, si ocurrido aquél, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por lo tanto, la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es idóneo o no para producir determinadas consecuencias que el actor invoca. La causalidad adecuada no requiere la fatalidad en la imputación de las consecuencias al

El Código Civil y Comercial unificado se enrola en esta posición¹¹³.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “*idoneidad*” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Ella predica que solo se debe responder por aquellas consecuencias que resulten previsibles, que siguen el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, por aquellas que corrientemente acaecen según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad –adoptado según la experiencia de la vida–, normalmente produce u ocasiona el resultado –daño– que debe atribuirse al hecho¹¹⁴. Alguna jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella

hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad. Se requiere un juicio de probabilidad que supere el nivel de lo conjetural...”.

¹¹³ Reza el art. 1726 del Proyecto: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

¹¹⁴ Los inspiradores de esta teoría señalaban que la *relación de causalidad se presenta cuando el daño era previsible por el agente (previsibilidad subjetiva)*, en consideración a los hechos que conocía o podía conocer en el momento de actuar. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el plano de la responsabilidad civil, se confunde la causalidad con la culpabilidad.

Ahora bien: frente a la concepción subjetiva de la relación causal adecuada se han expuestos criterios objetivos para evitar la objeción de los que confunden causalidad con culpabilidad.

Así la causalidad adecuada se reduce a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si por el contrario queda fuera de este posible cálculo de probabilidades.

A su vez, el cálculo de probabilidades se efectúa desde el punto de vista de la madurez o facultad de percepción del agente –pronóstico subjetivo– y, para otros, sobre la base de la diligencia de un hombre normal (pronóstico objetivo).

Para unos, el pronóstico debe hacerse en el momento en que el hecho tuvo lugar –pronóstico precedente– y, para otros, después que el daño se ha producido y una vez que sean conocidas las circunstancias determinantes (pronóstico retrospectivo).

que está dotada de la *mayor fuerza productiva*. También se alude a ella mediante el sintagma “*eficacia causal preponderante*”.

Se ha dicho que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente¹¹⁵.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que, entre todas las que concurren, *ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado*.

Por aplicación de esta teoría el tribunal aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; verifica su condición de *hecho decisivo*, sin el cual el daño no se hubiera producido, se los declara causa del daño, y descarta los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

6. Como complemento de la teoría de la causa idónea o adecuada algunos autores han desarrollado la denominada *teoría del seguimiento* o de la impronta continúa de la manifestación dañosa.

Esta teoría pretende explicar los supuestos que presentan una multiplicidad de hechos antecedentes que no se presentan contemporáneamente sino de modo sucesivo, *originándose daños en cascada*, como el clásico ejemplo de Pothier: donde la venta de un animal enfermo determina su muerte y el contagio de otros animales que igualmente mueren, lo cual impide al comprador cultivar su campo por lo cual no puede pagar a sus acreedores y finalmente se suicida.

Según postula esta doctrina si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende

Como se advierte es posible hallar dos pares de conceptos sobre una misma cuestión: pronóstico subjetivo y objetivo, de un lado; pronóstico precedente y retrospectivo, de otro.

¹¹⁵ Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, sala 3ª, “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 28 de marzo de 2006.

reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso. Se asciende hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal¹¹⁶.

3.9.2. El nexo de causalidad en la LRE. Precisiones.

Señalamos que una de las funciones del requisito causal es brindar los parámetros objetivos indispensables para establecer qué consecuencias dañosas se deben reparar. Va de suyo pues que el menoscabo patrimonial, el daño, será reparable siempre que se encuentre comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas, para ese supuesto, al autor de la actuación u omisión imputada.

¹¹⁶ Bustamante Alsina, que ha desarrollado esta teoría en nuestro país, asevera que si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso (v. Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad, LL 1991-E-1278).

Dice este autor que cuando el daño es resultado de la concurrencia de varios hechos antecedentes pero contemporáneos la cuestión es relativamente simple pues se trata de atribuirle a uno de esos hechos que se adecuado o idóneo para producir por sí mismo el resultado.

Aquí la cuestión se reduce a la prueba de los hechos y a la determinación técnica de su previsibilidad o evitabilidad del resultado. La teoría de la causalidad adecuada es apta para determinar con certeza cuál ha sido el hecho u omisión que produjo el resultado previsible.

La teoría del seguimiento, o de la impronta continua de la manifestación dañosa, sostiene que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal.

El seguimiento del resultado dañoso cuyo resarcimiento se trata debe continuarse a través de los diferentes hechos defectuosos de los cuales se derivan otros, hasta hallar en uno de ellos una culpa o factor objetivo de atribución que al aparecer en el proceso causal lo interrumpe para atribuir responsabilidad a un sujeto indirectamente involucrado con el daño el cual, aunque no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla en una relación adecuada de causalidad.

Afirma que esta teoría no excluye la causalidad adecuada pero permite investigar los hechos hasta el punto en que resulta razonable analizar la previsibilidad abstracta de la consecuencia del hecho en que intervino por acción u omisión.

En ese orden, el sistema legal vigente consagra la tesis por la cual el factor de atribución modula el alcance de las consecuencias dañosas atribuibles al hecho generador. La articulación funcional entre ambos elementos —factor de atribución y relación de causalidad— determina, en cada caso, que la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública extenderá o reducirá su radio de acuerdo a que el supuesto de hecho que origina la responsabilidad repose en la “falta de servicio” o en el “sacrificio especial”.

Así, mientras en el subsistema de responsabilidad por actividad ilegítima, el art. 3º, inc. c), LRE, establece que debe existir “[r]elación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”, en lo que atañe a la responsabilidad por actividad estatal lícita, el art. 4º, inc. c) exige una “[r]elación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”.

Se advierte así que, para supuestos de responsabilidad por actividad ilegítima, el legislador, de acuerdo con la tendencia jurisprudencial de los últimos lustros, adoptó la teoría de la causalidad adecuada (conforme art. 3º, inc. c, de la Ley 26.944).

Al adoptar la teoría de la adecuación, el legislador desestimó otras teorías como la de la equivalencia de condiciones —denominada de la *conditio sine qua non*—, la teoría de la exclusividad, la de la causa próxima y también la denominada teoría de la causalidad virtual.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “**idoneidad**” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Le Tourneau enfatiza que hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado¹¹⁷.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad —adoptado según la experiencia de la vida—, normalmente produce u ocasiona el resultado —daño— que debe atribuirse al hecho. Alguna

¹¹⁷ LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, p. 82

jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella que está dotada de la mayor fuerza productiva. También se alude a ella mediante el sintagma eficacia causal preponderante.

Al respecto, se ha señalado que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente¹¹⁸.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Por aplicación de esta teoría se aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; se verifica su condición de hecho decisivo, sin el cual el daño no se hubiera producido, se lo declara causa del daño y se descartan los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

El examen de la causalidad adecuada opera *a posteriori*. En ese entendimiento, se advierte que la teoría de la causalidad adecuada focaliza su atención en determinar si un hecho específico, examinado retrospectivamente, es objetivamente apto, idóneo, para producir, normalmente, esa consecuencia lesiva.

3.9.3. El criterio adoptado por el art. 3º, inciso c) de la LRE, en cuanto adopta la teoría de la causalidad adecuada, mantiene la tendencia jurisprudencial predominante.

Si bien en algunas oportunidades la CSJN —en su actual integración— afirmó que debe existir una relación de causalidad “directa” entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue¹¹⁹, la doctrina judicial anterior a la LRE- en lo relativo a responsabi-

¹¹⁸ CApel. Civ. y Com. N° 3 LA PLATA, Sala 3, “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 28/03/ 2006.

¹¹⁹ CSJN, “Baeza”, 2011, Fallos: 334:376; “Reynot”, 2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6°; “Ramos”, Fallos: 331:1690.

lidad por actividad o inactividad ilegítima del Estado-, se inclinaba, no sin modulaciones, por la causalidad adecuada. En algunas ocasiones, el Alto Tribunal, y sus tribunales inferiores, utilizaron el sintagma “nexo o relación adecuada de causalidad”, sin rodeos¹²⁰. En otros, se utilizó alguno de sus equivalentes funcionales: causa idónea, causa apta, causa relevante, etc.

Así, en “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”¹²¹ —pretensión reparatoria promovida por la esposa de una persona fallecida por la ingesta de un producto denominado propóleo que poseía altas concentraciones de dietilenglicol y que fuera elaborado por un laboratorio privado—, el Alto Tribunal, con remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que no se verificaba la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación al Estado por supuesta inobservancia de la policía sanitaria, puesto que el perjuicio resultaba exclusivamente atribuible a la conducta del laboratorio. En esta causa, se rechazó la demanda sustentada en la falta de servicio por omisión. Se sostuvo, en lo que atañe a ese caso, que el poder de policía sanitaria estaba legalmente definido de modo genérico y no se identificaba con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos, derivado de la acción de terceros.

En “Deoca”¹²², la CSJN sostuvo que la entrega en propiedad del sable a un militar retirado como parte de su uniforme no hacía imputable al Estado del hecho dañoso por cuanto dicha entrega no es la **causa adecuada** del delito de homicidio, según el curso natural y ordi-

La locución directa es, en este punto, polisémica. Indica, de un lado, que las consecuencias de un determinado hecho u omisión acaecen en sí mismas, sin otros aditamentos, es decir, los efectos se producen sin que medie otro acto o hecho. Pero también indica que existió efectiva “intervención” estatal dotada de la suficiente idoneidad y preponderancia para producir el daño. Pensamos que este segundo significado es el adecuado. Así, en “Bertinat” (Fallos 323:305) el Tribunal rechazó la demanda de daños contra la autoridad pública por cuanto el accidente provocado en una ruta por un animal suelto es un hecho extraño a su intervención “directa”.

¹²⁰ CSJN, “Syntex S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, Fallos: 323:3765, Considerando 8°.

¹²¹ CSJN, “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

¹²² CSJN, Fallos: 324:1701.

nario de las cosas, asignándole el carácter de consecuencia remota, por la cual el Estado no debe responder¹²³.

En “Kasdorf”¹²⁴, se sostuvo que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de la actividad desplegada por una provincia que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC).

También se aplicó este criterio en “Roque Reymundo e Hijos c/ Pcia. de San Luis”¹²⁵. El desvío hacia un camino que estaba en deficientes condiciones, en abstracto, era normal y ordinariamente **idóneo** para producir accidentes como la destrucción de una carga de cosas frágiles, como vidrios.

En “Cohen”¹²⁶, la CSJN sostuvo que quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, como también su **idoneidad** para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama¹²⁷.

¹²³ Para fundamentar su decisión, la CSJN entendió que: 1) un militar en situación de retiro no guarda la misma relación que uno en actividad: aquellos no desempeñan función estatal alguna; 2) por eso la falta de relación con el Estado no le es imputable al Estado; 3) la propiedad del sable no es del Estado ni de la Armada; era propiedad del propio militar. El Estado no era ni propietario ni guardián; 4) aun cuando fuere propiedad de la Armada, la cuestión encuadraba en el tercer párrafo del art. 1113 porque la comisión de ese hecho dañoso es contra la voluntad expresa o presunta de su dueño; 5) la CSJN sostiene que la entrega del sable por parte del Estado al autor del homicidio no es la causa adecuada del delito, según el curso normal y ordinario; aquella fue una consecuencia remota de dicha entrega.

¹²⁴ CSJN, Fallos: 313:284.

¹²⁵ CSJN, Fallos: 327:2764.

¹²⁶ CSJN, Fallos: 329: 2088.

¹²⁷ Previamente, el Alto Tribunal había señalado que “la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto”.

En “Friar”¹²⁸, el Alto Tribunal asevera que la responsabilidad por falta de servicio exige: a) examinar cada uno de los actos y conductas que se le impugnan al Estado Nacional desde el punto de vista de su legitimidad y b) examinar la **aptitud** de cada uno de los actos para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

En otros supuestos, aun sin mencionar a la teoría de la causalidad adecuada, la CSJN directamente alude a ella al adoptar como estándar “el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas”¹²⁹ o al nexo de causalidad jurídicamente relevante¹³⁰.

3.9.4. La relación de causalidad en la falta de servicio por omisión

Según el art. 3° inc. d) LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal ilegítima exige acreditar el factor de atribución falta de servicio. Como ya vimos, la LRE conceptualiza la falta de servicio como una actuación u omisión irregular de parte del Estado. A la vez, el supuesto de “omisión irregular” se concretiza mediante “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

A partir de estas formulaciones, se advierte que el nexo de causalidad en la responsabilidad nacida de la falta de servicio por omisión exhibe algunas singularidades¹³¹.

En estos supuestos, para que se configure la relación de causalidad, es menester acreditar que, de haberse cumplido la actuación establecida de manera determinada en la norma, el daño —esto es, la lesión sobre un derecho o interés— no se hubiera producido.

¹²⁸ CSJN, “Friar”, 26/09/2006.

¹²⁹ CSJN, “Mosca”, Fallos: 330:563; “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

¹³⁰ CSJN, “Banco de la Nación Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de”, 2001, Fallos: 324: 1243.

¹³¹ Pablo Perrino puntualiza, con razón, que la acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión (“La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, LL, diario del 31-3-2015).

En este sentido atañe a quien postula la pretensión resarcitoria precisar qué medida las circunstancias que determinaron el daño pudieron ser evitadas si se hubiese observado el comportamiento apropiado, ya que la responsabilidad solo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias¹³².

Concretamente: concierne a quien postula la pretensión indemnizatoria demostrar, conforme el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) y el art. 1736 CCyC que, previsiblemente, según el curso ordinario y natural de las cosas, mediante la observancia del deber normativo de actuación (expreso —o incluido implícitamente en la misma norma— y determinado), las consecuencias dañosas que se le atribuyen a la inactividad estatal se habrían evitado.

Por cierto, no habrá encadenamiento causal entre el daño y la inactividad que se le imputa al órgano, si el demandado demuestra que aun con el cumplimiento de la conducta debida en los términos del art. 3º, inc. d) LRE el daño igualmente se hubiera producido.

Naturalmente, como **presupuesto** de la falta de servicio por omisión, es necesario que exista la posibilidad material y jurídica de realizar la conducta ordenada por la norma.

En definitiva: la configuración de la relación de causalidad en el supuesto responsabilidad por omisión (art. 3 inc. d, LRE) requiere acreditar: (i) en primer lugar, que el órgano se abstuvo de actuar; (ii) en segundo término, que esa abstención, ese dejar de hacer o de ejecutar algo colisiona y se contrapone al mandato jurídico de actuación preestablecido de modo expreso (o implícitamente incluido dentro de lo expreso) en la norma -constitucional, supranacional, legal o reglamentaria- o en otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria frente a terceros; (iii) finalmente que, de haberse realizado la conducta prescrita por la norma, la lesión sobre la relación de utilidad protegida por el derecho o interés no se habría producido.

¹³² Conf. : Fallos 343:184 (“Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, de 17-3-2020) y sus citas: Fallos 319:2511; 335:527.

3.9.5. La relación de causalidad debe exhibir certeza. En este ámbito no tiene cabida la presunción de causalidad

Ni aun postulando la aplicación analógica del CCyC será posible abrirle la puerta a la presunción de causalidad.

En efecto: el art. 1736 CCyC, en línea con la regla que emana del art. 377 CPCCN, es categórico en cuanto establece que la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma.

Por lo demás la jurisprudencia labrada por el Tribunal con anterioridad a la Ley 26.944 es refractaria a la presunción de causalidad¹³³.

En efecto: el régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal vigente hasta 2014, en tanto resulta refractario a la presunción de causalidad¹³⁴, se mantiene en la Ley 26.944. En respaldo de esta posición, la aplicación analógica del art. 1736 del CCyC, juntamente con el art. 377 CPCCN, nos lleva a la misma conclusión.

En este orden, quien demanda la reparación de daños producidos actividad o inactividad ilegítima del Estado no solo tiene la carga de alegar y justificar la causación; tiene también la de aportar pruebas concluyentes que permitan establecer que existe, con suficiente certeza, un vínculo de material de conectividad que anuda la consecuencia dañosa con un hecho generador idóneo, apto, relevante, emanado de un órgano o ente estatal.

¹³³ CSJN; Fallos: 322:3101(Denenberg).

¹³⁴ Así, en “Jabif de Sousa David Néstor c/ Estado Nacional- Ministerio del Interior- Policía Federal Argentina y/o responsable s/ Daños y perjuicios” del 31/07/2012, la sala III de la CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, desestimó la pretensión reparatoria por cuanto el actor no había logrado acreditar la relación causal entre el hecho dañoso y el actuar estatal. Al fundamentar su decisión se señaló que “cada parte debe probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende, ya que la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés y de esa actividad procesal depende producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, pudiendo el litigante llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una conducta omisiva (conf. CSJN, Fallos: 318:2555, entre otros). En sentido similar, se ha señalado que “el *onus probandi* deviene imperativo del propio interés del particular interviniente...”

3.9.6. El concurso de causas en la responsabilidad del Estado

Un mismo daño puede ser el efecto resultante de varias causas, ora coetáneas, ora sucesivas. Si la acción de varias personas contribuyen de manera idónea en la producción de un determinado resultado lesivo, existe lo que se denomina “causalidad conjunta o concurrente”. De manera corriente se ha calificado a esta situación como concausa. En verdad estamos frente a un supuesto de *co-causación*.

Como lo enseña la doctrina civilista más autorizada, la co-causación consiste en la actuación concurrente y causalmente relevante de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. En este supuesto el daño se distribuye entre las diferentes co-causas de acuerdo a la participación causal de estas, no pudiendo los co-causantes oponer defensa causales frente a la víctima ante quienes responderán por el todo sin perjuicio de reclamar lo que hubiera pagado en exceso¹³⁵.

La concausa es una situación bien distinta a la co-causación, por cuanto es una causa independiente que altera el curso causal y que, por ende, no se le puede imputar al demandado el aporte causal de la concausa, el que se deberá desagregar de la imputación causal que se le haga. La concausalidad produce una alteración parcial de la primera causa, y por ende no puede imputarse al dañador la totalidad del daño ya que la concausa no guarda relación causal adecuada con el hecho del dañador¹³⁶. Al respecto López Mesa puntualiza que la concausa, lejos de ser neutra, tiene la funcionalidad de hacer cargar a quien la aporta una parte del daño que sufriera, justamente el segmento atribuido a su aporte concausal.

Si bien la co-causación no parece postulable *ab intio* en el subsistema de responsabilidad por actividad estatal lícita —por cuanto en ese ámbito, el art. 4º, inc. c) LRE exige que la actuación estatal opere como causa “exclusiva” del perjuicio—, aquella es admisible con respecto a los daños originados por la actividad estatal subsumible en el factor de atribución “falta de servicio”.

¹³⁵ LÓPEZ MESA, MARCELO, “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada”, en *LL*, 2013-D-1167.

¹³⁶ *Ibid.*

La jurisprudencia exhibe casos de causalidad conjunta o concurrente (co-causación) entre la autoridad pública y un particular, y también entre dos órganos estatales¹³⁷.

Así, en “Kasdorf”¹³⁸ la CSJN reconoció que había una concurrencia de factores causales imputables a la Administración y a un tercero. Se sostuvo que la responsabilidad atribuida a la Provincia demandada no excluía la que corresponde al tercero. En este juicio, la actora reclamó el resarcimiento de los daños derivados de la interrupción y retracción de ventas como consecuencia de la muerte de tres niños que se intoxicaron en un hospital de Jujuy por haber ingerido leche de esa marca. La realidad fue que el producto (denominado Bonalac) fue transportado juntamente con insecticida; este se derramó y contaminó la leche. No obstante tener un fuerte olor a insecticida, el personal del hospital preparó y suministró esa leche a los niños¹³⁹.

En “Serradilla” el Alto Tribunal federal consideró probada la existencia de concausas (en puridad, co-causación) derivada de la concurrente falta de servicio por parte del Estado Nacional y de una provincia¹⁴⁰.

¹³⁷ La CNac. Cont. Adm. Fed. sostuvo que el Estado a los efectos indemnizatorios debe responder cuando coparticipa —por su obrar negligente— en la generación de un hecho dañoso, máxime cuando ello ocurre en el marco de su poder de policía y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ E. N.”, fallo cit.

¹³⁸ CSJN, Fallos: 313:284.

¹³⁹ Dijo la CSJN que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de una actividad de la Provincia de Jujuy que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC). Los dependientes de la Provincia incurrieron en una conducta negligente al no advertir la contaminación notoria del producto. Sin embargo, destacó que la responsabilidad de la provincia no excluye a la que corresponde a la empresa de transporte. La conducta de sus dependientes que se desentendieron de los riesgos que podía ocasionar la entrega del producto en las condiciones en que se efectuó obliga a resarcir un daño que constituye una consecuencia mediante ese hecho y que guarda con esta un adecuado nexo causal (art. 901 CC).

¹⁴⁰ CSJN, “Serradilla, Raúl c/ Pcia de Mendoza y otro”, 12/06/2007. En dicha causa el Máximo Tribunal responsabilizó al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza por la deficiente prestación del servicio a su cargo: no cumplieron adecuadamente el deber de custodia que la ley y el convenio celebrado entre el

Discernir la concausa de la co-causación tiene efectos relevantes. Como dijimos, si se verifica esta última (co-causación), los co-causantes responderán de manera completa frente a la víctima. Es un supuesto de condena *in solidum*¹⁴¹. Cualquiera de los co-causantes debe la reparación plena de las consecuencias que le son atribuidas. Frente a la víctima, la co-causación no opera, ni aun parcialmente, como eximente de responsabilidad. Esto no afecta las relaciones recíprocas entre quienes contribuyeron al daño. De allí que un co-causante podrá accionar por repetición o regreso contra quien también ha sido condenado. Esto no ocurre, en cambio, en los supuestos de concausa.

3.9.7. Factores que suprimen la relación causal. Eximentes de responsabilidad

La estructuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal requiere, como requisito negativo de configuración, la ausencia de eximentes contempladas en el art. 2° LRE: hecho de la víctima, hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder y caso fortuito o fuerza mayor.

Ciertamente, si el daño tiene su origen en una causa extraña o ajena al hecho que se le imputa al órgano estatal, como las previstas en el art. 2° LRE, ello traerá como consecuencia la interrupción del vínculo causal —por cuanto la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro u otros centros de imputación— y la consecuente imposibilidad

Estado y la provincia celebraron con respecto a la documentación de las personas. En la especie, no se había custodiado el nuevo ejemplar de DNI requerido por el demandante. Tal circunstancia provocó que se abrieran cuentas bancarias a nombre del actor, pero con datos falsificados, que dieron lugar luego al libramiento de cheques sin fondos contra aquellas, lo cual generó que el BCRA inhabilitara al actor para operar en cuenta corriente en todo el país y diera de baja su tarjeta de crédito. Luego de enfatizar que existía una **responsabilidad concurrente** de los entes públicos, con fundamento en la idea objetiva de falta de servicio, la Corte señaló que las circunstancias del caso revelaban una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso.

¹⁴¹ La obligación *in solidum*, puntualiza Le Tourneau, significa que la víctima de un daño causado por varios responsables dispone de tantos recursos cuantos autores del hecho dañino haya. Cada uno de ellos es visto como si hubiera causado la integridad del daño; de donde se deduce que cada uno puede ser asignado por la totalidad (v. LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, pp. 86/87).

de satisfacer el requisito previsto en el art. 3°, inc. c) LRE. La existencia de alguno de los tres supuestos de causa ajena, en la medida que esté debidamente demostrada —la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien la alega (art. 1734 CCyC)— libera al Estado demandado, con las modulaciones que seguidamente examinaremos.

3.9.7.1. Hecho del damnificado

La propia conducta del damnificado se puede convertir en causa exclusiva o no exclusiva del daño. Mientras el primer supuesto exime de responsabilidad al órgano, el segundo la limita.

Para que el hecho de la víctima interrumpa totalmente el nexo causal debe haber sido causa adecuada y exclusiva del daño. Ahora, si la conducta del damnificado tiene solo incidencia parcial en la producción del resultado, por cuanto ella interfiere o actúa de manera independiente al hecho imputable al Estado, habrá pluralidad de agentes causales (concausa) que determinará la reducción del monto indemnizatorio puesto que al órgano imputado solamente debe cargar en proporción a su exclusivo aporte causal.

En el ámbito de la responsabilidad estatal la jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 registra distintos pronunciamientos que merecen ser tenidos en cuenta.

Así, en “Gómez”, sentencia del 30/06/1998, la CSJN eximió de responsabilidad a la Administración tras advertir que no hubo relación de causalidad directa e inmediata entre el procedimiento legítimo llevado a cabo por el agente oficial y el daño sufrido por el actor. El daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse provocando el enfrentamiento policial que derivó en un disparo del agente que impactó en la espalda del actor produciéndole una lesión gravísima.

Se observa así un supuesto de eximición total de responsabilidad por acto del damnificado, determinante de una ruptura del nexo causal.

En “Ramos”¹⁴², si bien estaba acreditado el perjuicio —daño psíquico de la demandante por la muerte de su hijo—, el Alto Tribunal

¹⁴² CSJN, Fallos: 328: 2547.

desestimó el reclamo por ese rubro por cuanto el evento no era atribuible a la falta de servicio de la autoridad Administrativa. Se sostuvo que el origen de la muerte era imputable a la imprudencia de la propia víctima que se arrojó al río en un balneario de la provincia de Córdoba en una época en la que no está legalmente previsto la presencia de bañeros (el hecho acaeció en noviembre y la norma obligaba al municipio a proveer bañeros desde diciembre). En este caso estamos frente a la ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima.

En su actual composición la CSJN subraya en el caso “Rea”¹⁴³ que la ruptura total del nexo causal entre el hecho generador y el perjuicio por culpa de la víctima debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (conf. Fallos: 332:2633).

3.9.7.2. Hecho de un tercero extraño

El art. 2º, inc. b) de la Ley 26.944 consagra como eximente de responsabilidad el supuesto en que el daño tenga su origen por el hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder. El fundamento de esta exención remite a la ausencia de nexo causal.

En efecto. De acuerdo con esta previsión normativa, el Estado demandado se libera demostrando que el daño ha sido provocado de modo único o determinante por un tercero extraño. En tal supuesto la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el tercero, que es en definitiva el sujeto en relación con el cual se podrá efectuar la imputación. Sin embargo, en supuestos en que el hecho generador no le es atribuible exclusivamente al tercero extraño, esto es en casos de concurso o concurrencia de causas (co-causación), como ya se señaló, la condena *es in solidum* (v. gr. “Serradilla”; “Kasdorf”), siendo admisible la acción de regreso por lo que el Estado hubiera pagado en exceso de acuerdo a su participación causal.

Es dable tener presente que, a diferencia del art. 1731 CCyC, el art. 2º, inc. b) de la Ley 26.944, al consagrar al hecho de un tercero como causal de exoneración, no exige que aquel reúna los caracteres del acto fortuito.

¹⁴³ Fallos 343:184 (“Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, de 17 de marzo de 2020).

Cabe recordar que el hecho del tercero no se presume, siendo una carga del demandado demostrar su incidencia en el nexo causal.

3.9.7.3. Caso fortuito

El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen factores extraños con aptitud para provocar la interrupción del nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño¹⁴⁴. Son un obstáculo para la indemnización del damnificado¹⁴⁵. Se configura cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente. El *casus* determina la ausencia de responsabilidad por defecto del nexo causal.

El art. 1730 CCyC lo regula del siguiente modo: “[s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

La irresistibilidad —esto es, la presencia de un evento insuperable, que no se puede dominar, en el que el agente es juguete de la fatalidad—, puntualiza Le Tourneau, es la más importante de las características de la fuerza mayor. La imprevisibilidad, que es la otra característica del caso fortuito o fuerza mayor —que en el nuevo Código deben ser asumidos como sinónimos (art. 1730, *in fine*)— se consuma cuando no hay ninguna razón particular para pensar que se producirá.

3.9.9. La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado por actividad legítima

El art. 4° de la Ley 26.944 establece los requisitos que estructuran el supuesto de hecho de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado. Algunos recaudos legales son comunes a la responsabilidad por actividad ilegítima; otros en cambio son propios. Así, se deberá acreditar que existe un daño cierto y actual¹⁴⁶, debidamente acreditado

¹⁴⁴ Ver CSJN, Fallos: 306:1413 y CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “F., S. O. y otro c/ Estado Nacional”, 29/06/ 2005, Considerando II.

¹⁴⁵ Ver CSJN, “Sanchez Granel”, 20/09/1984, Fallos: 306:1409, Considerando 6°.

¹⁴⁶ CSJN, “Tejeduría Magallanes”, Fallos: 312: 1656, Considerando 11; “Revestek”, 15/08/1995, Considerando 6°.

por quien lo invoca¹⁴⁷ y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; **relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva**¹⁴⁸ entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño¹⁴⁹; sacrificio especial¹⁵⁰ en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido¹⁵¹.

En congruencia con la doctrina jurisprudencial, el art. 5° califica la responsabilidad por actividad lícita como “excepcional”. Esta calificación toma en cuenta, de un lado, la ajenidad que tiene este supuesto, propio del derecho administrativo, con respecto a la doctrina civilista (recuérdese que el supuesto de hecho que genera responsabilidad civil reposa en la antijuridicidad¹⁵², y que fue esa situación la que tuvo en cuenta el dictamen de la Procuración General, cuando señaló en “Motor Once” que la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos)¹⁵³.

¹⁴⁷ Con lo cual queda *ab initio* descartado los daños conjeturales (CSJN, Fallos: 328: 2654).

¹⁴⁸ CSJN, “Ledesma”, 1989, Fallos: 312:2022, Considerando 16; “Revestek”, fallo cit., Considerando 6° (sostuvo el Alto Tribunal: el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal exigía la demostración de la “existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”); “El Jacarandá”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654, Considerando 9° *in fine*.

¹⁴⁹ CSJN, “Malma Trading SRL”, 15/05/2014, Considerando 10.

¹⁵⁰ En “Malma Trading SRL”, la CSJN destaca que la procedencia de la indemnización por actividad legítima del Estado requiere de “verdadero sacrificio desigual” para el titular de un derecho (Considerando 10 *in fine*).

¹⁵¹ CSJN, “Revestek”, fallo cit., Considerando 7°. En el Considerando 8°, el Tribunal puntualiza que la lesión a una situación jurídicamente protegida no es sino “un presupuesto del éxito en lo sustancial del reclamo de resarcimiento; dicho en otras palabras, de una condición de la existencia del daño reparable...”.

¹⁵² El art. 1717 CCyC establece: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

¹⁵³ En igual sentido se expidió el Dr. Fayt en el Considerando 18 de su voto en “Juncalán”. Ya en “Cantón” (Fallos: 301:403) la CSJN consideró que ante la falta de normas expresas sobre la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración se debe atender al modo de responder establecido en instituciones análogas (expropiación), “no siendo

Y de otro, la propia situación **anormal** que presenta, aún desde el derecho público, las reparaciones por actividad legítimas¹⁵⁴ puesto que como principio la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada.

La jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 enfatizaba las diferencias entre la estructura del supuesto de hecho que lleva la indemnizabilidad por la responsabilidad estatal lícita y el de la derivada de la actuación ilegítima de los poderes públicos. Estas particularidades se proyectaron sobre la configuración de la relación de causalidad como requisito ineludible del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad.

Así, en “El Jacarandá SA”, sentencia del 28/07/2005, el voto de la mayoría sostuvo que en el campo de la actividad lícita, es decir, cuando

procedentes las (normas) propias de derecho común relativas a la responsabilidad civil” (ver Considerando 8°).

En “El Jacarandá” (Fallos: 328:2654), la Dra. Highton sostuvo que frente a la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad por actividad lícita del Estado, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas. Señaló que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Sostuvo que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la responsabilidad por actividad lícita del Estado, conduce a encontrar la solución en la Ley de Expropiaciones (21.499), es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija. La posición de jueza Highton de Nolasco, en cuanto considera que, en este supuesto, corresponde rechazar la reparación del lucro cesante, fue reiterada en el considerando 14, de “Malma”, de 15/05/2014.

¹⁵⁴ Sostuvo la CSJN en “Malma”, 15/05/2014, Considerando 10: “es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)”.

se trata de resarcir daños causados por actos inspirados en el interés colectivo, en el interés general, los jueces deben actuar con suma prudencia. A tal efecto se deberá verificar: i) que los daños “efectivamente” se han producido; ii) que ellos sean una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina 310:2824); enfatizándose luego, con arreglo a Fallos 312:2022, considerando 16, “que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”.

Esos criterios jurisprudenciales, en tanto modulan la configuración del requisito causal según el factor de atribución, han sido asumidos por el art. 4, inc. c) de la Ley 26.944.

3.10. Según la índole del factor de atribución, la LRE establece regímenes diversos en cuanto al alcance de las consecuencias dañosas resarcibles.

La LRE no fija normas relativas al alcance de la reparación de los daños generados por actuaciones u omisiones del Estado subsumibles en el factor de atribución falta de servicio. De consiguiente, en este ámbito de la responsabilidad por actividad ilegítima cabe la aplicación **analógica** de las reglas pertinentes del derecho privado vigentes al momento de resolver.

Ergo, con arreglo a esa técnica de interpretación, se deben adaptar los criterios de reparación civil de daños que se originan en acciones u omisiones que no están justificadas, es decir, que nacen de conductas antijurídicas (art. 1717). En ese entendimiento, la reparación del daño que nace de la actividad ilegítima del Estado dará lugar la reparación plena (art. 1740) de aquellas consecuencias que guarden nexos adecuados de causalidad con el hecho generador del daño (art. 3, inc. c, LRE y art. 1726 CCyC).

Es así que, como regla, corresponderá la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En este orden la doctrina del alto Tribunal puntualiza que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, y tal noción comprende todo perjuicio

susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral¹⁵⁵.

En materia de responsabilidad por actividad legítima, la LRE establece, en cambio, un régimen especial y propio de derecho público que excluye la aplicación del Código Civil.

En primer lugar la LRE dispone que le son atribuibles al Estado aquellas consecuencias que guarden una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (art. 3 inciso c). A la vez la ley establece que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (art. 5°).

Tanto en materia de causalidad como en lo relativo a la extensión del resarcimiento, la ley mantiene así una de las líneas jurisprudenciales que gobierna esta materia.

Vale recordar que el art. 1766 del Anteproyecto, propuesto por la Comisión Redactora (Decreto 191/2011), establecía que la responsabilidad derivada de los actos lícitos del Estado “sólo comprende el resarcimiento del daño emergente”¹⁵⁶.

El art. 5° LRE tuvo especialmente en cuenta la posición asumida por la jueza, Dra. Highton, en la causa “El Jacarandá”¹⁵⁷, y “Malma” (2014) como así también la doctrina labrada por el Alto Tribunal en otros precedentes (“Motor Once”, “Cantón”, “Laplacette”, entre otros).

La solución adoptada, en tanto excluye el lucro cesante, mantiene la directriz trazada por la Ley de Expropiaciones (art. 10); a la vez, guarda congruencia con otras previsiones normativas que regulan el responder por la actividad legítima del Estado, como por ejemplo el art. 12, inc. d) del decreto 1023/2001, en materia contractual; el art. 26 de la Ley 25.344 y el art. 11 de la Ley 25.453 y antes también en el art. 5 de la Ley 12.910 y 30, 38 y 54 inc. f de la Ley 13.064 (arts.). Vale recordar,

¹⁵⁵ Fallos: 324:2972; y arg. Fallos: 326:232 .

¹⁵⁶ Y luego agregaba: “pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

¹⁵⁷ CSJN, Fallos: 328:2654.

además, que el art. 18 de la LPA de la CABA establece que la indemnización debida por la Administración en supuestos de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia “sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante”.

Es claro que el esquema causal, previsto en el art. 4°, inciso 3, como la extensión de resarcimiento (art. 5°) quedaron sometidos a lo que la doctrina extranjera denomina “**reserva de lo posible**”. Basta recordar la historia económica de nuestro país durante las últimas décadas para comprender a qué nos referimos. Es evidente que las normas ponderaron no solo la pretensión individual de quien reclama la reparación de una lesión patrimonial derivada de la actuación **lícita** del Estado¹⁵⁸, sino también la situación del Tesoro (la recordada “debilidad presupuestaria del Estado de derecho”, como lo califican los autores alemanes) y la repercusión de este supuesto excepcional de responsabilidad sobre quien es el **legitimado pasivo indirecto**, al que se refiere la CSJN en el fallo “Q”, del 24/04/2012, esto es, el resto de la comunidad que soporta la carga y reclama la satisfacción de otros derechos.

Por cierto, en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita de los poderes del Estado, frente a situaciones particulares el legislador está habilitado para establecer, con la pertinente reserva presupuestaria, que los daños patrimoniales que deriven de la aplicación de sus productos normativos (leyes), satisfagan de modo pleno el daño emergente y el lucro cesante de aquellas consecuencias dañosas que guarden nexo adecuado de causalidad. Ello es así pues, en relación con los actos estatales de naturaleza legislativa, no rige el principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Una situación especial se presenta cuando el perjuicio patrimonial nacido de la actividad lícita, encuadrable en el factor de atribución

¹⁵⁸ La responsabilidad del Estado por sus actos lícitos al tiempo que preserva las garantías constitucionales de la propiedad e igualdad jurídica “[s]ignifica una distribución entre los miembros de la sociedad política ...de los daños que los actos de gobierno legítimos pueden inferir a los particulares siempre que se den los requisitos delineados por este Tribunal” (Fallos 322:2686, voto Moliné O’Connor, Boggiano y López).

sacrificio especial, se conforma de manera exclusiva o principal con el lucro cesante¹⁵⁹. En esta especial circunstancia, el principio general de no admitir el lucro flexibiliza su alcance pues excluir totalmente dicho rubro (lucro cesante) significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad¹⁶⁰.

Amén de lo anterior, en aquellos excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera impactar lesivamente sobre derechos esenciales de las personas físicas, esto es, sobre derechos humanos indisponibles, inherentes al principio de dignidad humana, no cabe duda que el referido art. 5° deberá ser interpretado según los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte IDH. También, en el ámbito de los derechos humanos indisponibles, entendemos que resulta predicable extender, por vía de la analogía, el principio consagrado en el art. 1743 CCyC¹⁶¹, en cuanto considera inválidas las limitaciones a la obligación de indemnizar cuando está en juego la afectación de derechos indisponibles¹⁶². Desde este vértice, y aun cuando esa norma esté destinada a cuestiones convencionales de carácter privado, parece razonable sostener que la indemnización de los daños generados por la actividad lícita del Estado sobre un derecho fundamental indisponible, extramuros del art. 5° LRE, debe ser plena.

Concretamente: exista falta de servicio o sacrificio especial en todos los supuestos en que en que el hecho generador imputable a un órgano o ente del Estado lesione derechos fundamentales indisponibles, la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.

¹⁵⁹ CNCiv, Sala F "Elías, Julio y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", JA 2000-IV-520.

¹⁶⁰ CSJN, Jucalán Forestal, del 23-11-89, LL 1990-II-511, Voto Dr. Bacqué.

¹⁶¹ Art. 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles.

¹⁶² Los derechos indisponibles reciben tratamiento diferenciado en los arts. 2.2, 4°, 5° y 13 de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en los casos en que el Estado es parte.

4. CONCLUSIONES

4.1. A partir de la sanción de las leyes 26.944 (Ley de Responsabilidad del Estado) y 26.994 (CCyC), es dable comprobar que la responsabilidad patrimonial del Estado:

- (i) tiene reconocimiento legislativo expreso;
- (ii) cumple una función de garantía;
- (iii) está gobernada por normas y principios de derecho administrativo;
- (iv) en tanto derecho público local, su regulación es nacional o provincial, según corresponda;
- (v) las normas de derecho privado que rigen la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica (arts. 1° de la Ley 26.944 y 1765 CCyC);
- (vi) la analogía resulta improcedente a) cuando la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe.

4.2. La ley 26.944 tiene como finalidad regular una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado. A tal efecto el régimen legal vigente brinda respuestas a los problemas tradiciones del derecho de la responsabilidad estatal. En ese sentido sus líneas rectoras determinan que la responsabilidad del Estado:

- (i) es objetiva (arts. 1°, 3° y 4° de la Ley 26.944) y directa (art. 1° y 6°, de la Ley 26.944), no es subsidiaria del agente o funcionario;
- (ii) el derecho a la reparación nace frente a la actividad o inactividad —formal o material— ilegítimas de los órganos o entes estatales (art. 3°, LRE), como también en relación con las actuaciones, formales y materiales, lícitas de aquellos, siempre que se acredite un sacrificio especial en aras del interés público (art. 4°, Ley 26.944);
- (iii) asume como clave de bóveda a los factores de atribución “falta de servicio” (art. 3°, inc. d) y “sacrificio especial” (art. 4°, inc. d);
- (iv) en el esquema sistemático de ordenación vigente la relación de causalidad (artículos 3°, inciso c, y 4°, inciso c) está llamada a cumplir una doble función. De un lado, conecta el hecho generador con el daño

y, a la vez, fija - extiende, pero también limita- el alcance de las consecuencias indemnizables;

(v) De consiguiente, en la Ley 26.944 el régimen jurídico de la relación de causalidad –tanto la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles- exhibe modulaciones según la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

(vi) Sin embargo, sea que concurra el factor de atribución falta de servicio o sacrificio especial, en todos aquellos supuestos en que el hecho generador produzca una lesión sobre derechos humanos fundamentales indisponibles la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina