



MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Tesis de análisis de caso para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo en la
Facultad de Derecho de la Universidad Austral

“Las distintas aristas de un supuesto de responsabilidad del Estado”

Lihué María Albertsen

Directora: Fernanda Paz Otero Barba

Buenos Aires, Agosto de 2019

Resumen

El presente trabajo muestra gran parte del conocimiento adquirido a lo largo de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Desde un caso práctico, y en nuestro rol de abogados de parte, buscamos resolver la cuestión planteada desde diversas temáticas. Para ello, la tesina se divide en dos grandes partes. La primera, estudia el instituto de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita. Luego, se analiza la configuración de esos requisitos en el caso concreto, respecto del Estado de la provincia de Buenos Aires y de la ANMAT, haciendo hincapié en la necesidad de un rol activo del Estado en la implementación de políticas públicas, específicamente desde la óptica de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica. Asimismo, y dado que de nada serviría el reconocimiento abstracto de la pretensión indemnizatoria, la segunda parte de la tesina, busca analizar qué mecanismos procesales debemos implementar y cómo hacerlo, a fin de lograr una justa solución al caso y que garantice el pleno ejercicio de la tutela judicial efectiva de nuestra clienta, la Srta. María Angélica Gómez.

Índice.

1. Introducción	5
1.2. Breve descripción de los hechos del caso.....	5
2. Capítulo I: Responsabilidad del Estado	7
2.1. Antecedentes. Evolución jurisprudencial hasta la sanción de la Ley Federal N°26.944.7	
2.2. Aplicación analógica al caso de la Ley N° 26.944.....	12
2.3. Responsabilidad del Estado por actividad ilícita.....	15
2.4. Responsabilidad del Estado provincial.....	19
2.4.1. Responsabilidad del Estado de la provincia de Buenos Aires en la Constitución provincial y en el Código Contencioso Administrativo local.	19
2.4.2. Análisis de la responsabilidad del Estado provincial en el caso.....	21
2.4.3. Responsabilidad personal del médico interviniente	24
2.4.4. Protección de los adultos mayores. Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Rol activo del Estado en el desarrollo de Políticas Públicas en materia de salud.	27
2.5. Responsabilidad de la ANMAT.	30
2.5.1. Naturaleza jurídica de la ANMAT. Facultades y competencias según el Decreto 1490/92.	30
2.5.2. Análisis de la responsabilidad de la ANMAT en el caso	33
2.5.3. Responsabilidad del Estado central por sus entes descentralizados.	35
2.6. Alcance de la reparación.....	38
2.7. Conclusiones preliminares del Capítulo I.....	41
3. Capítulo II: La acción indemnizatoria y los procesos colectivos	42
3.1. La acción indemnizatoria. Requisitos procesales y sustanciales.	42
3.1.1. Habilidad de la instancia judicial	43
3.1.2. Jurisdicción y competencia. Fuero interviniente.	45
3.1.2.1. Fuero competente en razón de los demandados.	46
3.1.2.1.1. Acción contra AMNAT	46
3.1.2.1.2. Acción contra la provincia de Buenos Aires	48
3.1.2.2. Fuero competente en razón de la materia.	49

3.2. Prescripción	52
3.3. Ejecución de sentencia.....	53
3.3.1. Ejecución de las sentencias contra el Estado a nivel nacional	53
3.3.2. La ejecución de sentencias contra el Estado en la provincia de Buenos Aires	57
3.4. Procesos colectivos.....	60
3.4.1. Acción o amparo colectivo. Análisis del art. 43 de la CN y la jurisprudencia en “Halabi”.....	61
3.4.2. Aplicación y análisis de la procedencia de una acción colectiva en nuestro caso.....	65
3.4.3. Legitimación.....	68
3.3.4. Efectos de la sentencia.....	73
3.5. Conclusiones preliminares del Capítulo II.	73
4. Conclusiones.....	76

Abreviaturas

1. “ANMAT”: Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.
2. “CABA”: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
3. “CAyT”: Contencioso Administrativo y Tributario.
4. “CC”: Código Civil.
5. “CCA”: Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires
6. “CCyC”: Código Civil y Comercial de la Nación.
7. “CIDH”: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
8. “CN”: Constitución Nacional.
9. “CPCCN”: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
10. “CSJN”: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
11. “LRE”: Ley de Responsabilidad del Estado.
12. “PEN”: Poder Ejecutivo Nacional.
13. “PTN”: Procuración del Tesoro de la Nación.
14. “OEA”: Organización de los Estados Americanos.
15. “OMS”: Organización Mundial de la Salud.
16. “SCBA”: Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

1. Introducción

Al momento de elegir mi vocación, lo que más me motivó e impulsó para decidir mi carrera, fueron mis ganas de ayudar a las personas a resolver sus conflictos. Pero no sólo pensando en grandes juicios o grandes clientes, sino controversias o mejor dicho “problemas” cotidianos y, especialmente, de aquellos miembros de la sociedad más vulnerables.

Esa motivación sigue latente hoy en día. Por ello es que ahora, al momento de realizar mi trabajo final de la maestría opté por la modalidad de caso práctico, a fin de poder volcar todos los conocimientos adquiridos en estos dos últimos años, para resolver una situación real, la que podría presentarse en la práctica laboral de cualquier abogado.

Este trabajo se estructurará de la siguiente manera. En primer lugar, se desarrollarán brevemente los hechos del caso planteado, para luego realizar un análisis en profundidad de los temas más relevantes. El caso gira en torno a dos temáticas, y es por ello que el análisis se dividirá en dos capítulos principales: 1) La responsabilidad del Estado y 2) La acción indemnizatoria y los procesos colectivos. Cada uno de ellos, a su vez, constará de subcapítulos para un mayor estudio de la problemática.

La estructura de la tesina se debe a que, primeramente, corresponde determinar quién es el responsable por la muerte del Sr. Gómez, para luego estudiar los medios o las herramientas con las que cuenta su nieta para hacer efectivos sus derechos frente al daño causado. Dicho en otras palabras, en la primera parte de la tesina determinaremos cómo se configura la responsabilidad del Estado en el caso que nos concierne, y luego estudiaremos los recaudos procesales para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial de nuestra clienta.

1.2. Breve descripción de los hechos del caso.

El caso se desarrolla en la provincia de Buenos Aires, a raíz de la operación realizada al Sr. Juan Gómez en un hospital público, en la cual se le colocó una prótesis de cadera. Pasados tres días de la operación, la cual fue un éxito, se le otorgó el alta, indicándose control ambulatorio con el compromiso de permanencia en un parador

provincial, dado que el grupo familiar -conformado por el Sr. Gómez, su nieta María Angélica Gómez, y su bisnieto de 6 años- se encontraba en situación de calle.

El problema se genera porque -semanas más tarde- el Sr. Gómez comenzó con algunos dolores, producto del implante de la prótesis de cadera defectuosa, perteneciente a la serie 7777 cuyos problemas habían sido detectados tanto por la empresa productora de la prótesis como por la distribuidora, quienes habían alertado de la situación a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). Ello derivó en una infección generalizada, lo que le produjo la muerte por un cuadro de neumopatía el 9 de agosto de 2016.

Es así que su nieta, María Angélica, nos consulta en nuestro carácter de abogados asesores para descubrir qué herramientas tiene para reivindicar los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su abuelo.

2. Capítulo I: Responsabilidad del Estado

Como adelantamos en la introducción, y como surge de los hechos del caso, el tema central es determinar quién resulta responsable por los daños y perjuicios ocasionados a María Angélica, en razón de la muerte de su abuelo.

A *priori*, encontrándose involucrados un hospital público y un ente descentralizado, podríamos afirmar que se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado, ya sea del Estado provincial como del Estado Nacional.

De esta manera, nuestro análisis partirá de una concepción teórica de los antecedentes y la evolución jurisprudencial del instituto de la responsabilidad del Estado, hasta la sanción de la Ley Federal N° 26.944.

Luego, nos abocaremos al caso concreto, para analizar de qué tipo de responsabilidad se trata, cuáles son sus elementos, y si los mismos se encuentran configurados en el caso. Existiendo diversos sujetos, corresponde estudiar la intervención de cada uno de ellos. Específicamente, estudiaremos la responsabilidad del Estado provincial y de la ANMAT. Asimismo, atribuida la responsabilidad, determinaremos cuál es el alcance de la reparación.

2.1. Antecedentes. Evolución jurisprudencial hasta la sanción de la Ley Federal N° 26.944.

En la actualidad, el instituto de la responsabilidad del Estado se encuentra regido por la Ley N° 26.944 (LRE), en el ámbito federal y en aquellas provincias que se hayan adherido a los términos de la misma¹, por las Leyes Provinciales de Responsabilidad del Estado que establecen su propio régimen de responsabilidad, por las Constituciones Provinciales y por la Constitución Nacional². Asimismo, en el ámbito de las Provincias que

¹ Frente a la invitación a adherirse a la LRE, las provincias pueden: 1) Adherir plenamente, 2) Adherir parcialmente, 3) Dictar una ley en la que establezca su propio régimen de responsabilidad, y 4) No legislar y continuar con un régimen pretoriano de responsabilidad estatal (Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos, Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 255-257).

² “Un sector de la doctrina nacional ha sostenido que la fuente de la responsabilidad se encuentra en la propia Constitución, principalmente en el principio de la igualdad ante las cargas públicas que fluye del

no legislaron al respecto, continúan con un régimen pretoriano de responsabilidad estatal. Lo cual nos remitirá a las Constituciones Provinciales y a la posibilidad de aplicar analógicamente las disposiciones de la legislación civil o de la LRE³.

Sobre este aspecto, cabe destacar que el CCyC, en igual sentido que la LRE, reconoce en el art. 1765 que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Ahora bien, tratándose de un instituto de origen pretoriano, que si bien existe hace varios años, consta de una regulación legal relativamente nueva, resulta primordial estudiar sus orígenes. Por lo tanto, en este primer apartado estudiaremos brevemente la evolución de este instituto, desde sus comienzos hasta la sanción de la LRE.

La evolución en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, la podemos dividir en tres etapas: 1) irresponsabilidad, 2) responsabilidad de los funcionarios por culpa o dolo, y 3) responsabilidad directa y objetiva.

En primer lugar, la irresponsabilidad del Estado se justificó a través de la idea de soberanía, nacida del absolutismo monárquico en los siglos XVI y XVII. En ese entonces, se colocaba al soberano por encima del derecho, convirtiéndolo en un sujeto infalible. De esta manera, no resultaba posible responsabilizar a quien poseía el poder de Dios, ponerse en duda sus decisiones, ni presumir que con ellas pudiera generar daños a otros⁴.

En este contexto, en el derecho inglés regía el principio conocido como *The king do no wrong*, que implicaba la imposibilidad de responsabilizar legalmente al soberano por los

*Artículo 16 C.N., al que cabe adicionar otro principio también fundamental del derecho constitucional, según el cual todo sacrificio patrimonial impuesto por razones de utilidad pública y por extensión de interés público debe ser indemnizado, por aplicación del precepto contenido en el Artículo 17 de la Constitución Nacional. En resumidas cuentas, y con apoyo en la doctrina que surge de una serie de precedentes de la Corte Suprema, el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado se encuentra en esos dos principios (igualdad ante las cargas públicas y reparación del sacrificio patrimonial impuesto por razones de interés público) que se encuentran unidos como por un cordón umbilical, habida cuenta de que, si un particular tuviera que soportar, en forma desigual, un sacrificio en su patrimonio por razones de interés público tanto si se trata de un acto ilegítimo como legítimo que no soportan la generalidad de los ciudadanos, se afectaría también, además de la garantía de la propiedad individual, la igualdad ante las cargas públicas.” (CASSAGNE Juan C., *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Publicado en: LA LEY2000-D, 1219 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, p. 489).*

³ Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., p. 257).

⁴ Cfr., ARES Valentina, “Responsabilidad del Estado (Con particular referencia a la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)”, Publicado en: LNBALNBA 2005-2-189; Cita Online: 0003/800034, p. 1.

daños causados por sus dependientes. Por su parte, en el derecho francés también regía el principio de irresponsabilidad del Estado, salvo disposición legal en contrario, generalmente dictada para supuestos excepcionales⁵.

A comienzos del siglo XIX, se comenzó a distinguir entre los "actos de gestión" y los "actos de imperio". Los primeros eran considerados de naturaleza civil, por existir igualdad de derechos entre las partes, los que tenían lugar en el Derecho Privado. Los segundos, al no existir igualdad de derechos, eran considerados dentro de las relaciones de poder, es decir en la esfera del Derecho Público. De esa distinción, provino la atribución de una doble personalidad del Estado, en la que éste sólo podía ser responsabilizado en cuanto actuaba como persona privada, es decir por los actos de gestión⁶.

El punto de inflexión de la irresponsabilidad del Estado surgió a fines del siglo XIX, "cuando en el año 1873 el Consejo de Estado francés resolvió los casos "Blanco" y "Pelletier". El primero, desarrolló el principio de sumisión de la Administración al derecho, y pasó a considerarse que todo acto administrativo podía entrañar la responsabilidad del Estado, aunque subordinándola a una "falta de servicio". En el segundo, se distinguió entre la "falta de servicio" y la "falta personal", limitándose el responder del Estado únicamente al primer supuesto"⁷.

Por nuestra parte, la responsabilidad del Estado en el derecho argentino también se construyó por la evolución jurisprudencial. En un principio, hasta la sanción del Código Civil de Vélez, se pensaba que toda actividad que realizaba la Administración lo hacía dentro de la legalidad, y por ende, no podía generar daños en sus administrados⁸.

A partir de la sanción del Código Civil, comenzó a aplicarse al Estado el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 43 para las personas jurídicas. De esta manera, la responsabilidad extracontractual por actos de gestión del Estado era rechazada en tanto se afirmaba, con sustento en la original redacción del art. 43, que las personas

⁵ Cfr., CUADROS Oscar Alvaro, *Responsabilidad del Estado*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 2 y 4.

⁶ Cfr., ARES Valentina, Op Cit., p. 1-2 y CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 12° edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 462.

⁷ ARES Valentina, Op. Cit., p. 2.

⁸ Cfr., PALACIOS VALLEJOS Ramiro y VALENZUELA Yanina, *Análisis de la responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires*, Publicado en: RDA 2017-113, 12/10/2017, 817, Cita Online: AP/DOC/766/2017, p. 1.

jurídicas no respondían por los actos ilícitos de sus representantes, salvo cuando una ley expresamente lo estableciera⁹.

Posteriormente, la CSJN comenzó a responsabilizar al funcionario público por disposición del art. 1112, el cual involucraba la responsabilidad del ente estatal. En una etapa posterior, la doctrina procedió a analizar la responsabilidad del Estado por el hecho de sus funcionarios o empleados, construyendo una teoría basada en la responsabilidad indirecta por el hecho de los dependientes contenida en el art. 1113¹⁰.

La aplicación de las disposiciones del Código Civil para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado, jurisprudencialmente comienza en el caso "Tomás Devoto y Cía. c. Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios"¹¹ de 1933. El caso se originó por un incendio provocado en el campo que arrendaba el actor en la provincia de Entre Ríos, ocasionado por las chispas de un brasero que utilizaban unos empleados del Telégrafo Nacional que tenían el encargo de unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo¹².

La resolución de la CSJN en este caso resultó peculiar, y fue criticada por grandes doctrinarios, en tanto mediante una construcción pretoriana de los artículos 1109 y 1113 del CC, se reconoció la responsabilidad extracontractual indirecta del Estado por el hecho de sus dependientes¹³. De esta manera, el Tribunal Supremo resolvió que el Estado era

⁹ Cfr., PERRINO Pablo Esteban, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho argentino*, p. 433, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_responsabilidad_extracontractual_del_estado_por_actividad_ilicita_en_el_Drecho_argentino..pdf, disponible en internet el 06/07/2019.

¹⁰ Cfr., PALACIOS VALLEJOS Ramiro y VALENZUELA Yanina, *Op. Cit.*, p. 1.

¹¹ *Fallos* 169:111.

¹² Cfr., CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, *Op. Cit.*, p. 463.

¹³ Bielsa califica como un error jurisprudencial la aplicación de los arts. 1109 y 1113 al caso, ya que no sólo resultan normas totalmente inaplicables al Derecho administrativo, sino también porque la cuestión podría haberse resuelto con el dictado de una ley, o bien acudirse al art. 1112 que regula la responsabilidad del Estado por la "falta de servicio". Por su parte, Cassagne sostiene que si bien la invocación del art. 1113 puede justificarse en orden a la responsabilidad de las personas jurídicas (superando así el art. 43 CC) ello carece de sentido en el caso, en tanto no se puede equiparar al Estado a la figura del "dominus" o patrón del CC. Cabe destacar que en aquel entonces la teoría del órgano no tenía aún recepción en la jurisprudencia de la Corte, y por tanto, los agentes públicos no eran agentes de la persona pública estatal. En nuestra opinión, si bien coincidimos con Bielsa en que -a fin de evitar una contradicción normativa- el caso debía resolverse por aplicación del art. 1112, al igual que Barraza, no creemos que fuera necesario el dictado de una ley, lo que implicaría un criterio puramente positivista y contrario a los principios de derecho. Por tanto, coincidimos con lo dispuesto por Cassagne en la medida en que el error judicial radicó en la aplicación del art. 1109, y en base a la noción de culpa, cuando el caso recaía sobre un claro supuesto de falta de servicio (Cfr. CASSAGNE Juan

responsable de los daños causados por el incendio producido por culpa o imprudencia de sus agentes mientras éstos ejecutaban la reparación de la línea telegráfica, dado que el siniestro se originó a causa de chispas desprendidas de un brasero deficiente que se usaba en terreno cubierto de pasto seco y sin las precauciones suficientes¹⁴.

Cinco años más tarde, la CSJN en 1938 avanzó en la idea de responsabilizar al Estado por “falta de servicio” en el fallo “Ferrocarril Oeste”¹⁵, por el cual se responsabilizó al Estado de la provincia de Buenos Aires por los perjuicios ocasionados por la prestación defectuosa del servicio de expedición de certificados registrales. Allí, si bien la CSJN modificó el factor de atribución de responsabilidad al hablar de “falta de servicio” por aplicación del art. 1112 CC -aproximándose a lo que luego dispondría en el caso “Vadell” y que fuera reflejado en la LRE- lo cierto es que al aplicar el art. 1113 CC, no se eliminó la concepción de responsabilidad indirecta y la atribución de culpa al Estado¹⁶.

Finalmente, en 1984 la CSJN abandonó su anterior postura y resolvió en el caso “Vadell”¹⁷ responsabilizar al Estado de forma directa y objetiva, con fundamento en el art. 1112 CC y sin recurrir al art. 1113 CC. Específicamente, estableció que “[...] *Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad “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”. [...] ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil [...]. En efecto no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que*

Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Op. Cit., p. 464 y BARRAZA Javier I., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 78-80).

¹⁴ Fallos 169:111, considerando 2°.

¹⁵ Fallos 182:5.

¹⁶ Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Op. Cit., p. 465 y BARRAZA Javier I., Op. Cit., pp. 80-81.

¹⁷ Fallos 306:2030.

dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”¹⁸.

A partir de “Vadell”, la CSJN dictó una numerosa seguidilla de fallos en los cuales aplicó aquella doctrina. Y, es así que, el 2 de julio de 2014 el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado que, receptando estos conceptos, dispone en su artículo primero que “la responsabilidad del Estado es objetiva y directa”.

2.2. Aplicación analógica al caso de la Ley N° 26.944

Ante la ausencia de legislación en la provincia de Buenos Aires¹⁹ que regule la responsabilidad del Estado en aquella jurisdicción, debemos preguntarnos si el caso se resolvería por aplicación del Código Civil y Comercial o de la Ley Federal N° 26.944.

Preliminarmente debemos considerar que: 1) tanto del art. 1764 del CCyC como del art. 1 de la LRE surge que las disposiciones del CCyC no resultan aplicables a los supuestos de responsabilidad del Estado, ya sea de manera directa o subsidiaria; y 2) la LRE limita su aplicación al ámbito federal, en tanto invita a las provincias a adherirse a ella.

En estas condiciones, consideramos que frente a una laguna jurídica como la que se nos presenta, debemos acudir a la analogía para encuadrar los casos de responsabilidad del Estado local por los daños que su actividad o inactividad genere²⁰.

En este aspecto, es importante conocer la diferencia entre subsidiariedad normativa y analogía. La primera, se utiliza para integrar el texto de las leyes de carácter general respecto de aquellas de carácter especial. De tal modo, se presenta sólo entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible. Por su parte, en la analogía se descubre una norma específica en cualquier otra ley general o especial del ordenamiento, con los cuales

¹⁸ Fallos 306:2030, considerandos 5° y 6°.

¹⁹ Si bien existe un proyecto de Ley de la Cámara de Diputados de la Provincia que propone la adhesión a la Ley 26.944, aún no se promulgó la ley respectiva.

²⁰ Cfr., Expte N° C4745-2016/0: “Gribnicow Yanina c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios (excepto Responsabilidad Médica)”, 12/2018, considerando III.2.

no hay conexión alguna de suplencia; y por vía interpretativa y de razonabilidad, se aplica al caso no previsto²¹.

Ahora bien, aun cuando la analogía podría ser respecto del CCyC como de la LRE, creemos que esta última es la que mejor se ajusta al caso.

La Cámara de Apelaciones de San Martín, por mayoría, estimó necesaria la aplicación analógica de la Ley 26.944 en la causa “César Carla c/ Municipalidad de Morón”²², donde se demandaba al Estado de la provincia de Buenos Aires por el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la señora Carla César a raíz de un accidente acaecido como consecuencia del mal estado de las calles. Específicamente, estimó que la Ley 26.944 era aplicable al caso, en tanto ha receptado y condensado en su articulado la jurisprudencia de la CSJN. Asimismo, consideró que no existía un agravio en el ejercicio del derecho de defensa de las partes, ya que la legislación no innovaba en forma alguna sobre la doctrina legal y jurisprudencial vigente al momento de producirse los hechos que habían originado la *litis*²³.

En igual sentido, el juez a cargo del Juzgado CAyT N° 3 de la CABA -jurisdicción en la cual tampoco existe una ley específica de responsabilidad del Estado ni se adhirió a la LRE-, en el marco de una excepción de prescripción en una causa de responsabilidad por mala praxis médica, dispuso también la aplicación analógica de la LRE en estos términos: *“[...] ante la inexistencia en el ámbito propio del Derecho Público local de una disposición que, por regular situaciones razonablemente afines o semejantes a las que configuran el deber resarcitorio del Estado por actividad ilícita, permita su aplicación analógica para determinar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, corresponde entonces recurrir, también por analogía (de segundo grado), a las normas del Derecho Público federal, en la medida en que existe una similitud evidente entre los fundamentos axiológicos, jurídicos y fácticos que podrían determinar, por un lado, el deber del Estado local de responder por sus comportamientos ilícitos derivados de la prestación de servicios*

²¹ Cfr., PERRINO Pablo Esteban, *La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos*, El Derecho, Buenos Aires, 31 de marzo de 2015 • ISSN 1666-8987 • N° 13.698 • AÑO LIII • EDA 2015, p. 2.

²² Causa N° 4781, sentencia de marzo de 2016.

²³ Cfr., *Ibidem*, considerando 2 del voto del Sr. Juez Hugo Jorge Echarri, al que adhirió la Sra. Jueza Ana María Bezzi.

de salud y, por el otro la idéntica obligación que podría recaer sobre el Estado Nacional frente a los daños ocurridos en los hospitales y demás centros de salud que conforman su estructura. En efecto, ambos ordenamientos públicos –el local y el federal– deben observar criterios y límites axiológicos similares –derivados de los principios supranacionales y constitucionales que caracterizan al sistema democrático y republicano y que, ciertamente, son de aplicación en ambas esferas de regulación [...]”²⁴.

Finalmente, la doctrina *iuspublicista* sostiene que “no es correcto someter al Estado al régimen jurídico de la responsabilidad de los sujetos privados, normado en la legislación civil, pues la responsabilidad de los sujetos estatales constituye una típica institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, que son, por su naturaleza y fines, totalmente opuestos o en parte diferentes a los que imperan en el derecho privado. Ello es así porque mientras en el Derecho Civil la responsabilidad mira fundamentalmente el lado de la víctima que sufre daños injustos y la consecuente restitución conforme a criterios pertenecientes a la justicia conmutativa, el Derecho Público (Constitucional y Administrativo) tiene en cuenta los intereses de la víctima, armonizándolos con los del Estado y los ciudadanos, es decir, atiende a las relaciones entre el individuo que padece el perjuicio y la comunidad”²⁵.

A su vez, es importante destacar que la CSJN en el precedente “Barreto”²⁶, el cual analizaremos con mayor detenimiento más adelante, calificó a la responsabilidad del Estado como una cuestión de Derecho público.

De esta manera, creemos que siendo la responsabilidad del Estado un instituto de derecho público, y en la medida en que la LRE sistematizó y recopiló la doctrina de la CSJN y que su aplicación al caso no afectaría el derecho de defensa de las partes, no existe óbice constitucional para su aplicación analógica.

²⁴ Expediente N° C69514-2013/0: “Gómez de Vandecaveye, Aida Tolentina y otros c/ GCBA s/ Responsabilidad Médica”, sentencia del 20/12/2016, considerando VII.

²⁵ ÁBALOS María Gabriela, *Responsabilidad del Estado y principios constitucionales*, Publicado en: LA LEY 01/09/2015, 01/09/2015, 1 - LA LEY2015-E, 605, Cita Online: AR/DOC/2234/2015, p. 5.

²⁶ Fallos 329:759.

2.3. Responsabilidad del Estado por actividad ilícita

Ahora bien, el caso que nos ocupa es un supuesto de responsabilidad del Estado por actividad ilícita. Como bien dijimos, y toda vez que la muerte del Sr. Gómez es el hecho generador de los daños a la Srta. María Angélica Gómez, y ocurrió el 9 de agosto de 2016, resolveremos el caso mediante la aplicación analógica de la Ley N° 26.944.

La normativa, en su art. 3°, detalla los requisitos para que se configure responsabilidad del Estado por actividad ilícita. Entre ellos menciona: 1) daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; 2) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; 3) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; y 4) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado.

Dado que en el caso existen dos posibles sujetos demandados, en esta primera parte analizaremos los requisitos de la responsabilidad en general, para luego subsumirlos en el caso concreto y para cada demandado en particular.

El punto de partida, para determinar si existe responsabilidad, es la existencia de daño o perjuicio. Sin daño, no se genera el deber de reparar, y por tanto, no hay responsabilidad. Se entiende por daño a la lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales²⁷. En igual sentido lo entendió la CSJN en la causa “Revestek”²⁸, al determinar como elemento esencial del daño la necesidad de que el mismo resulte de la lesión a una situación jurídicamente protegida²⁹.

Asimismo, la LRE exige que el daño sea cierto. Esto significa que no resultan resarcibles aquellos daños hipotéticos, conjeturales o eventuales. Sin perjuicio de ello, los daños futuros y de la pérdida de la chance, podrían resultar resarcibles siempre que medie certidumbre sobre su existencia³⁰. El art. 1739 del CCyC establece que “[...] *La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador*”. Esto significa, que para que la

²⁷ Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., p. 75.

²⁸ *Fallos* 318:1531.

²⁹ *Ibidem*, considerando 8°.

³⁰ Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...* Op. Cit., p. 78.

chance sea resarcible no debe configurarse como una mera posibilidad o probabilidad, sino que debe tornarse en un daño actual, lo que implica la demostración de una probabilidad suficiente de beneficio económico que resultare frustrado. Por el contrario, cuando representa una probabilidad genérica y vaga, no resulta resarcible en la medida en que ello implicaría reconocer un daño eventual y, por ende, un enriquecimiento sin causa de parte del presunto damnificado³¹. De esta manera, si bien es indemnizable, su reconocimiento debe ser estricto y cubrir un interés actual del reclamante³².

Asimismo, cabe destacar que la LRE establece una exigencia más laxa para los supuestos de responsabilidad por actividad ilícita en comparación con los de la responsabilidad legítima; en tanto en el primero se exige únicamente que el daño sea cierto, mientras que en el segundo debe ser cierto y actual. Coincidimos con Perrino en que esta exigencia, junto con otras inadmisibles restricciones -tales como acotar la indemnización a los perjuicios patrimoniales y excluirse la reparación del lucro cesante para el supuesto de actividad lícita- resultan inconstitucionales³³. Ello por cuanto, creemos que la prueba del daño es particular y específica en cada caso, y una exclusión legalmente establecida sin preverse la posibilidad de que se configuren excepciones, resulta lesiva a garantías constitucionales, como el derecho de propiedad y de defensa en juicio.

A su vez, el daño debe ser mensurable en dinero, debidamente probado por quien lo invoca -resultando aplicable la regla general del art. 377 del CPCCN mediante el cual quien alega debe probar- y debe subsistir al momento de la reparación. Si bien, como mencionamos en el párrafo anterior no se exige que el daño sea actual, la subsistencia significa que no debe haber sido ya reparado por quien debe indemnizar³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la exigencia de que el daño sea mensurable en dinero no excluye el daño moral. Coincidimos con Tawil en que no sólo debe indemnizarse el daño

³¹ Cfr., MERTEHIKIAN Eduardo, *Breves anotaciones acerca de la indemnización por "pérdida o frustración de la chance" y de su relación con "el daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 2, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N° 370 pág. 177 Id SAJ: DACF130233, Julio de 2008, <http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf130233-mertehikian-breves-anotaciones-acerca-indemnizacion.htm?bsrc=ci>, disponible en internet el 08/07/2019.

³² Cfr., CSJN, *Fallos*: 317:181; "Rodríguez Santorum, Claudio c/ Tap Air Portugal", del 08/03/1994, considerando 4.

³³ Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., p. 76.

³⁴ *Ibidem*, p. 79.

material sino también el daño moral denominado “el precio del dolor”³⁵; aun cuando reconocemos que la cuestión se dificulta al momento de valorar ese perjuicio moral y traducirlo en dinero, a fin de lograr una justa retribución de los daños espirituales y afectivos³⁶. En el caso que nos ocupa, la mayor parte del daño es moral, y si bien no resulta apreciable en dinero porque no puede medirse el “dolor” de la Srta. Gómez por la pérdida de su abuelo, ello no excluirá la indemnización correspondiente en caso de que el Estado resultare responsable.

El segundo requisito para que se configure responsabilidad, es la imputabilidad material al Estado, lo que implica que el daño debe derivar del comportamiento de sujetos que están integrados a la estructura del Estado³⁷. En el caso del Sr. Gómez, debemos analizar la responsabilidad tanto del Estado provincial como de la ANMAT, en su calidad de ente estatal descentralizado. Estas cuestiones, se desarrollarán en detalle en los subcapítulos siguientes.

El tercer requisito, debe ser analizado con gran detenimiento y precisión, en tanto no podría atribuirse responsabilidad si no existe una relación de causalidad entre la actuación del Estado y el daño. La LRE exige una causalidad adecuada entre la acción u omisión estatal y el daño. Es decir, se trata de determinar si las consecuencias dañosas imputadas derivan necesariamente del hecho o acto del órgano interviniente³⁸. Para ello, es preciso realizar un juicio de probabilidad y previsibilidad. No basta que un hecho haya sido

³⁵ TAWIL Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 81-83 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/4858.pdf>, disponible en internet el 09/07/2019.

³⁶ BARRAZA Javier I., Op. Cit., pp. 97-98.

³⁷ Un ejemplo de falta de imputación material al Estado es el caso “Deoca” (*Fallos* 324:1701), en el cual la CSJN resolvió que no había responsabilidad del Estado porque el demandado al momento de producir el daño, no tenía con las fuerzas armadas otra relación que no fuera la que caracteriza al personal militar en situación de retiro, y que al no haber sido alegado ni probado que se hubiese hallado en ejercicio de funciones estatales, dispuso la ausencia de la relación o nexo de causalidad entre el daño y la pretendida actividad estatal, y por consiguiente la imputación de aquél al Estado Nacional (ver considerandos 9° y 10°).

³⁸ En el mismo caso analizado en la nota anterior, la CSJN resolvió que no cabía responsabilidad al Estado en estos términos: “[...] la entrega del sable a Paredes no pareció ser la causa adecuada del homicidio, según el curso natural y ordinario de las cosas, sino que aquél fue una consecuencia remota de dicha entrega (art. 906 del Código Civil)” (*Fallos* 324:1701, considerando 13°).

condición *sine qua non* del daño, sino que mediante un juicio de probabilidad resulte la causa adecuada de ese daño³⁹.

Esto significa que “para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente —en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares—, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera”⁴⁰.

Es importante mencionar que para determinar si el hecho es causa adecuada del daño, no deben considerarse las particularidades del caso y del agente que obró, sino que debe indagarse si un agente promedio podía o debía prever el daño. Las particularidades del agente y su deber de mayor previsión y diligencia van a influir al momento de realizar el juicio de culpabilidad⁴¹, lo cual analizaremos al momento de estudiar el alcance del resarcimiento.

En este punto, se vuelve a presentar una disparidad entre los requisitos de la responsabilidad por actividad ilícita y la lícita, toda vez que para ésta última la LRE exige que la relación de causalidad sea directa, inmediata y exclusiva (art. 4 inc. c). Si bien la ley recogió el criterio asentado por la CSJN en diversos fallos⁴², lo cierto es que ello constituye

³⁹ Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., p. 80-81.

⁴⁰ LOPEZ MESA Marcelo, *El mito de la causalidad adecuada*, Publicado en: LA LEY 28/02/2008, 28/02/2008, 1 - LA LEY2008-B, 861, Cita Online: AR/DOC/353/2008, pp. 3-4.

⁴¹ Cfr., LOPEZ MESA Marcelo, Op. Cit., pp. 3-5, y CUERVO Luis Horacio, *La relación de causalidad y la previsibilidad contractual en el CCCN*, p. 8 y ss., en Revista RyD República y Derecho/ISSN 2525–1937/Volumen II (2017) / Artículos Facultad de Derecho/Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza – Argentina, <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/88> disponible en internet el 08/07/2019.

⁴² La CSJN a la hora de atribuir responsabilidad entendió la necesidad de 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*” (Fallos 312:2022, considerando 16, 318:1531, considerando 6 *in fine*, y 328:2654, considerando 8 *in fine*).

una limitación irrazonable⁴³, en la medida en que la distinta valoración de la causalidad resulta un sinsentido, dado que en derecho administrativo la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino una alternativa normal⁴⁴.

Por último, respecto del cuarto requisito, la LRE establece que la responsabilidad estatal es directa y objetiva. Así, no se mide la culpa o el dolo en el actuar, sino que se exige como factor de atribución objetivo la falta de servicio. Ello implica, la supresión de la culpa y la innecesidad de individualizar al autor del daño, bastando con identificar el mal funcionamiento del servicio o el incumplimiento irregular u objetivo de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos⁴⁵.

El art. 1722 del CCyC define que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad, y en concordancia con ello, el art. 2 de la LRE manifiesta que el responsable se libera demostrando una causa ajena, es decir caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

En virtud de los conceptos hasta aquí expuestos, el trabajo continuará desarrollándose, con el objetivo de determinar si de las circunstancias fácticas planteadas en el caso de la Srta. María Angélica Gómez, se deriva responsabilidad del Estado, teniendo en cuenta los requisitos exigidos por la LRE. En consecuencia, analizaremos la responsabilidad del Estado provincial y de la ANMAT como ente descentralizado del Estado Nacional. De esta manera, nuestro análisis se centrará en subsumir las exigencias de la ley al caso concreto.

2.4. Responsabilidad del Estado provincial.

2.4.1. Responsabilidad del Estado de la provincia de Buenos Aires en la Constitución provincial y en el Código Contencioso Administrativo local.

⁴³ Cfr., PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit, p. 84.

⁴⁴ Cfr., COMADIRA Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, LexisNexis Abeledo Perrot, 2da. Edición, Buenos Aires, 2004, p. 374.

⁴⁵ Cfr., CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Op. Cit., p. 458.

En la provincia de Buenos Aires, no existe una ley infraconstitucional que regule específicamente la responsabilidad del Estado. Sin perjuicio de ello, aun cuando el caso lo resolveremos por la aplicación analógica de la LRE, debemos comenzar por estudiar la normativa local de la provincia.

Nuestro análisis debe partir del art. 166 de la Constitución local, que en su último párrafo establece la posibilidad de demandar, por actuación u omisión, a la provincia, a los municipios, a los entes descentralizados y a otras personas por su accionar en el ejercicio de funciones administrativas, debiendo estos casos ser juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo⁴⁶.

Esta disposición se replica en el Código Contencioso Administrativo de la provincia -Ley 12008 (CCA)-, que en su art. 1° establece la competencia del fuero Contencioso Administrativo. Es importante destacar que, para atribuir responsabilidad, los órganos deben actuar en ejercicio de función administrativa. En este punto, el inc. 2° del art. 1° del CCA establece que la actividad de los órganos del Poder Ejecutivo se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo, aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho.

Asimismo, el art. 2° del CCA establece una enumeración meramente ejemplificadora de casos incluidos en la materia contencioso administrativa. En lo que aquí interesa, el inc. 4 especifica *“[l]as que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1°, regidas por el derecho público, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado”*. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos locales⁴⁷, en la provincia de Buenos Aires el criterio de atribución de competencia es objetivo, es decir, siempre que el órgano haya actuado en ejercicio de función administrativa.

⁴⁶ Cfr., CALONJE Diego, *La responsabilidad del Estado, el derecho público provincial y el Proyecto de Código Civil*, Publicado en: APBA 2013-6, 01/06/2013, 800, Cita Online: AP/DOC/1039/2013, p. 2.

⁴⁷ Por ejemplo, en el ámbito de la CABA el criterio de atribución de competencia es subjetivo, en tanto el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA (Ley 189) establece en su art. 2° que habrá competencia contencioso administrativa siempre que una autoridad administrativa sea parte.

Así las cosas, si bien no existe una norma específica que regule la responsabilidad de la provincia, se reconoce la garantía constitucional a favor de los administrados de demandar al Estado cuando por su acción u omisión les provoque un daño.

2.4.2. Análisis de la responsabilidad del Estado provincial en el caso.

De los hechos surge que estamos ante un caso de daños provocados por la falta de servicio del gobierno provincial por: 1) la negligencia del Hospital público al darle de alta al Sr. Gómez cuando aún se encontraba débil, y 2) la omisión del “Servicio de asistencia a personas en situación de calle” de brindarle al Sr. Gómez los cuidados necesarios y la permanencia en un parador provincial.

Ahora bien, para determinar si corresponde atribuir responsabilidad debemos, analizar todos los elementos de la responsabilidad ya estudiados en el punto 2.3., pero en referencia a los hechos concretos del caso.

1) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero

Lo principal para comenzar a analizar si existe responsabilidad es la existencia de un daño. No caben dudas que, el daño cierto que exige la LRE a la Srta. María Angélica Gómez, queda configurado por la muerte de su abuelo. Si bien, tratándose del deceso de una persona, *a priori*, no podría ser mensurable en dinero, en tanto la mayor parte del daño es moral, lo cierto es que ello no impide que sea resarcible.

2) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal

Siendo un Hospital Público, el Estado debe responder, en tanto el médico interviniente en la cirugía y que luego le otorgó el alta médica al Sr. Gómez, es un agente público y que, al actuar dentro de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce la imputación directa al Estado⁴⁸.

⁴⁸ Cfr., GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, p. XII-1, https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf, disponible en internet el 21/08/2019 y ABERASTURY

Ello se debe a la conocida “Teoría del órgano”, por la cual los distintos órganos que integran el Estado no constituyen una persona diferenciada, sino que se confunden como parte integrante de él. De esta manera, no tienen derechos o deberes diferenciados de los del ente del cual se desprende y su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización”⁴⁹.

Así las cosas, si la prestación del servicio se encuentra a cargo del Estado, éste debe responder pues a él le es imputable la conducta dañosa de forma directa, sin importar el o los agentes que pudieran haber intervenido en la comisión del hecho⁵⁰. En este aspecto, es importante destacar el criterio de la CSJN en el caso “Migoya” del 20/12/2011 en cuanto dispuso que: “[...] *la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, 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 éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321:1124; 330:563 y 2748). Esa responsabilidad directa basada en la prestación inadecuada del servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con aquél, y el grado de previsibilidad del daño. Dicho en otras palabras, se trata de un juicio sobre su prestación y, por ello, la responsabilidad involucrada es objetiva*”⁵¹.

Asimismo, existe imputabilidad material al Estado provincial por la omisión de brindarle al Sr. Gómez permanencia en un parador provincial, en cumplimiento de las

Pedro, *La nueva ley de responsabilidad del Estado*, Publicado en: ADLA 2014-25, 18, Cita Online: AR/DOC/2862/2014, pp. 4-5.

⁴⁹ Cfr., GORDILLO Agustín, Op. Cit. p. XII-2.

⁵⁰ Cfr., ABERASTURY Pedro, Op. Cit., p. 3.

⁵¹ CSJN, Fallos 334:1821, considerando 3°.

obligaciones del “Programa de Asistencia Integral para Personas en Situación de Calle”, creado por la Ley provincial N° 13956.

3) Relación de causalidad adecuada

En cuanto a la relación de causalidad, debemos determinar cuál fue la causa eficiente que produjo la muerte del Sr. Gómez. Si bien, la causa directa del deceso fue un cuadro de neumopatía producto de una disminución significativa de sus defensas, la cuestión radica en determinar qué fue lo que le provocó esa baja de defensas; y para ello, debe hacerse un juicio de previsibilidad o probabilidad, evaluando si un hombre medio podría o debería haber previsto las consecuencias dañosas de su actuar.

Respecto del Hospital, si bien la operación fue un éxito, el paciente fue dado de alta aun cuando se encontraba en estado de debilidad. Por tanto, la relación la encontramos en ese obrar negligente y la baja de defensas que produjo la muerte. Si el paciente no hubiera sido dado de alta, probablemente sus defensas no hubieran estado tan debilitadas y, en caso de sufrir alguna descompensación, podría habersele proporcionado la asistencia médica necesaria a tiempo. Entendemos que cualquier hombre promedio podría saber que darle de alta a un hombre mayor de 87 años, recién operado y en situación de calle, podría generar problemas serios en su salud, pudiendo derivar en la muerte.

Cabe destacar, que si bien no desconocemos la posible interpretación de que la falta de control de la ANMAT en la prótesis implantada, podría actuar como un eximente de responsabilidad para el Hospital, en la medida en que sería un tercero por quien no debe responder -en los términos del art. 2° de la LRE-, lo cierto es que no se cuestiona en el caso la cirugía en sí misma, sino la negligencia del médico al darle de alta en débil estado de salud. Por lo tanto, ese eximente no tiene aplicación en este supuesto.

Asimismo, el Estado provincial es responsable por omisión de no brindarle al paciente los cuidados necesarios y su permanencia en un parador provincial. De los hechos del caso surge que el gobierno provincial se limitó a ofrecer al Sr. Gómez y a su bisnieto un lugar donde dormir, pero omitió proveerlo de los cuidados posteriores requeridos. Asimismo, cabe destacar que se excluyó a la Srta. María Angélica Gómez, quien estando presente en el momento en que el Sr. Gómez sufrió la descompensación podría haberlo

asistido. Del art. 3° de la LRE surge que *“la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”*. El deber normativo expreso lo encontramos en el art. 4° inc. a) de la Ley 13956, en cuanto determina como función del Programa de Asistencia Integral para Personas en Situación de Calle, la de brindar asistencia médica inmediata y ambulatoria.

Sobre este punto, también se supera el juicio de previsibilidad, en tanto cualquier hombre promedio podría prever que luego de una operación semejante si no se le brinda al paciente un control y cuidado posterior eficiente, podría sufrir graves consecuencias en su salud.

4) Falta de servicio

En cuanto al factor de atribución objetivo, detectamos la falta de servicio en dos oportunidades. Por un lado, en las irregularidades en la prestación del servicio de salud por parte del Hospital Público. Creemos que el servicio no sólo implica la cirugía, sino todos los cuidados posteriores, los cuales -como mencionamos- fueron prestados de forma deficiente.

Por otro lado, la impericia del Estado provincial por incumplimiento del “Programa de Asistencia Integral para Personas en Situación de Calle”, en tanto excluyó a la Srta. Gómez, y no consideró la situación de extrema vulnerabilidad del Sr. Gómez, por estar recién operado y por ser un adulto mayor.

2.4.3. Responsabilidad personal del médico interviniente

Sin perjuicio de la responsabilidad directa del Estado provincial, el médico interviniente también podría resultar responsable de forma personal.

La responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, se encuentra expresamente reconocida en la Constitución local. Por un lado, el art. 57 legitima a los individuos que sufran perjuicios en sus derechos, libertades y garantías, a ejercer una acción civil para pedir las indemnizaciones

correspondientes contra el empleado o funcionario responsable; y por otro lado, el art. 194 establece que los municipales, funcionarios y empleados, son personalmente responsables por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes.

Sobre estas premisas, el art. 9 de la LRE⁵² se refiere a los casos en los que, si bien el responsable directo es el Estado porque sus funcionarios actúan en el ejercicio de sus funciones, cuando éstos obren con dolo o culpa, resultan también responsables de sus actos de forma personal. En estos casos, las obligaciones son concurrentes⁵³, por lo que deberá comprobarse la incidencia de uno u otro en el daño, existiendo para la víctima tres alternativas: 1) demanda exclusiva al Estado, quien iniciará posteriormente otro juicio de repetición contra el funcionario o podrá traerlo al proceso ya iniciado; 2) demanda contra el Estado y contra el funcionario; y 3) demanda exclusivamente al funcionario, quien acreditado su dolo o culpa en la sentencia, no tendrá acción alguna contra el Estado⁵⁴.

En este supuesto, el factor de atribución es subjetivo, es decir que debe mediar culpa o dolo del agente público. Es importante destacar que su actuación irregular trae aparejada la presunción *iuris tantum* de culpabilidad. Esto significa, que para eximirse de responsabilidad deberá destruir dicha presunción demostrando que su conducta no fue culposa⁵⁵.

Asimismo, es primordial que la falta se haya cometido “en el ejercicio de sus funciones”. Sobre este aspecto, hay que analizar los “caracteres con que se presenta objetivamente el hecho o acto”⁵⁶. De manera tal que, habrá responsabilidad del funcionario,

⁵² Sobre aspecto creemos que, al igual que para la responsabilidad del Estado provincial, corresponde la aplicación analógica de la LRE.

⁵³ Así lo sostuvo la CSJN en el caso “Tortorelli” (*Fallos* 329:188) y el Anteproyecto del CCC del 2012 elaborado por la Comisión de juristas creada por Decreto 191/2011 cuyo art. 1765 establecía que: “*El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes*” (Cfr. PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., pp. 227-228).

⁵⁴ Cfr., HERRERA Carlos A., *La responsabilidad personal del funcionario público, conforme la Ley de responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial*, Publicado en: RCCyC 2018 (agosto) , 188 RCyS 2018-X , 25, Cita Online: AR/DOC/579/2018, p. 8.

⁵⁵ Cfr. PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., pp. 225-226.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 224.

siempre que el acto generador del daño sea reconocible como propio de la función pública que ejerce⁵⁷.

Por último, aun cuando el art. 9° no lo menciona, para atribuir responsabilidad al médico debe existir un nexo adecuado de causalidad entre la acción cuestionada y el daño generado⁵⁸. En este sentido, no desconocemos que las obligaciones médicas son obligaciones de medios, y por tanto, no habría responsabilidad en caso de que se demostrara que los agentes realizaron todo lo que estaba a su alcance para salvar al Sr. Gómez.

Así las cosas, corresponde analizar si en nuestro caso cabe atribuir responsabilidad al médico. De los hechos del caso, surge que la operación fue realizada con éxito. Sin embargo, y al igual que al Hospital público, la conducta reprochable consiste en el alta prematura otorgada al Sr. Gómez.

El *quid* de la cuestión en relación al médico, radica en si al darle el alta médica obró con culpa o dolo. Si bien creemos que la conducta diligente que correspondía exigirle alcanzaba no sólo a la intervención quirúrgica, sino que también se extendía por el período posterior y hasta el momento en que se otorgase el alta médica⁵⁹, lo cierto es que deberá demostrarse en el caso el grado de culpa con el que obró y si de las circunstancias y condiciones particulares del Sr. Gómez el médico debía prever que darle de alta, tres días después de una operación de cadera y con la avanzada edad del paciente, ello podía generar daños en su salud. Asimismo, no desconocemos que el médico ordenó control ambulatorio, pero deberá demostrar en el caso que ello funcionó como un eximente de responsabilidad, o al menos que podría generar la ruptura del nexo causal.

Desde nuestra posición de abogados de la parte actora, incluiríamos al médico en la demanda, en tanto “la actuación irregular del funcionario o agente público apareja la

⁵⁷ Cfr., Ibidem, pp. 224-225.

⁵⁸ Cfr. Ibidem, p. 227.

⁵⁹ Recomendamos la lectura del fallo del TSJ de la CABA en Expte. N° 5655/07: “Macagno, Carlos Alberto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Vitelli, Francisco Mario c/ GCBA (Sanatorio Municipal Julio Mendez) y otros s/ daños y perjuicios” del 19/11/2008 y el voto del Dr. Centanaro en la sentencia de la Cámara (Expte. N° 1899).

presunción *iuris tantum* de culpabilidad”⁶⁰ y, en consecuencia, será el médico quien deberá demostrar que no obró con culpa o dolo.

2.4.4. Protección de los adultos mayores. Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Rol activo del Estado en el desarrollo de Políticas Públicas en materia de salud.

Hoy en día, estamos en un Estado Constitucional Social de Derecho⁶¹. Ello, significa que el Estado debe ejercer un rol activo en la implementación de políticas públicas para el desarrollo de la persona, con el enfoque puesto en la dignidad humana y en el mejoramiento de las condiciones de vida de todos los ciudadanos, particularmente a través de la igualdad de oportunidades⁶².

De esta manera, pasamos de un Estado no intervencionista, a uno que asume una posición de intervención activa en las relaciones privadas; a fin de un mayor bienestar de los miembros más débiles y vulnerables de la comunidad, favoreciendo de manera activa el desarrollo y realización de la dignidad personal⁶³.

⁶⁰ PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos...*, Op. Cit., p. 225.

⁶¹ Utilizamos el término de “Estado Constitucional de Derecho” para distinguirlo del “Estado Legal de Derecho”. Ahora bien, hablar de “Estado de Derecho”, “Estado Social de Derecho”, o “Estado Constitucional Social de Derecho”, o cualquier otra denominación hacen alusión a una misma realidad: el sometimiento del Estado al Derecho o mejor dicho al principio de juridicidad. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de mencionar algunos autores que se oponen a utilizar el término “Estado Constitucional Social de Derecho”. Por ejemplo, Cassagne sostiene que no es totalmente correcto hablar de Estado Constitucional de Derecho, “ya que es una categoría, en cierto modo, redundante, cuya formulación representa una contradicción habida cuenta que no se concibe un Estado de Derecho contrario a la Constitución ni, en nuestros países americanos, jamás se ha desconocido el principio de la supremacía de la Constitución”. Asimismo, el Dr. Coviello sostiene que para que un Estado sea Constitucional primero debe ser de Derecho, puesto que una Constitución bien puede ser antijurídica. En concreto, Coviello sostiene que “Estado de Derecho es el modelo protector de las personas en su faz individual y social, lo mismo que de la acción estatal en pro del bien común y de su control judicial, que en modo alguno es estático en su contenido, considero que aquel constituye la fórmula que mejor describe a un Estado donde impera la virtud de la Justicia. Los distintos adjetivos que se le agreguen en demasía no alteran su esencia. No hay que caer en pleonasmos que se tornan en una viciosa redundancia gramatical” (Cfr., COVIELLO Pedro J.J., *Del Estado de Derecho liberal-burgués al Estado Constitucional de Derecho, y su incidencia en el Derecho Administrativo. Una visión rioplatense*, Publicado en: RDA 2019-123, 27/06/2019, 335, Cita Online: AR/DOC/1355/2019, pp. 15 y 19).

⁶² Cfr., SAMMARTINO Patricio, “Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho”, Cita Online: AP/DOC/2062/2012, p. 2.

⁶³ *Ibidem*, p. 3.

Así, el Estado no debe simplemente abstenerse de tomar medidas que afecten los derechos de los ciudadanos, sino que debe realizar prestaciones positivas, de manera tal que se facilite el acceso a los bienes y los servicios indispensables que permitan satisfacer las necesidades básicas y vitales de todas las personas⁶⁴. El respeto de la dignidad humana, constituye un deber jurídico fundamental vinculante hacia todas las autoridades públicas: la legislativa, la judicial y la ejecutiva⁶⁵.

Particularmente, en nuestro país las personas mayores tienen derecho al reconocimiento y al pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad⁶⁶. En 2015, la OEA aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las personas mayores, y en 2017 el Estado Nacional la ratificó, quedando obligado a adoptar medidas para su cumplimiento.

La Convención ampara a las personas mayores, a quienes define como aquellas mayores de 60 años⁶⁷, y tiende a lograr que el ejercicio de sus derechos sea en condiciones de igualdad con las demás personas⁶⁸.

De esta manera, los Estado parte -entre ellos Argentina- desde un rol activo deben implementar políticas públicas a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos por estos tratados internacionales. Ello en tanto, como tiene dicho la CSJN, los derechos fundamentales no deben ser meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esto significa, que los derechos humanos deben ser reglamentados a fin de asegurar su pleno goce y ejercicio. Asimismo, es importante destacar que, en palabras de la CSJN, "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas", por lo que resulta necesario un rol activo del Estado para la efectividad de aquellos derechos reconocidos⁶⁹.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶⁶ Cfr., Art. 1° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las personas mayores.

⁶⁷ Art. 2° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las personas mayores.

⁶⁸ Art. 1° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las personas mayores.

⁶⁹ Cfr. *Fallos* 335:452 "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/04/2012, considerando 10°.

Es por ello que, en nuestro caso, es responsable el Estado provincial precisamente por no ejercer un rol activo en la protección de la salud del Sr. Gómez, circunstancia que se agrava en tanto se trata de una persona en situación de vulnerabilidad extrema y de calle.

Recientemente, la CIDH abordó el derecho a la salud como derecho autónomo en el caso "Poblete Vilches y otros c. Chile"⁷⁰, en relación a la situación de las personas adultas mayores, teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad.

El caso, análogo al del Sr. Gómez, se trató de un adulto mayor que había sido atendido en dos oportunidades en un hospital público. En la primera, fue atendido por una bronconeumonía y, dado de alta, mientras que en la segunda oportunidad falleció. La CIDH declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado Chileno, por no garantizar al Sr. Vinicio A. Poblete Vilches su derecho a la salud, sin discriminación, a través de servicios esenciales básicos y urgentes con relación a su situación de vulnerabilidad como persona mayor, produciéndose posteriormente su muerte. Declaró también que se vulneró el derecho a la vida e integridad personal⁷¹.

No debemos entender el derecho a la salud meramente como el derecho a estar sano, sino como un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Tal como lo define la OMS, no sólo es la ausencia de enfermedad, sino el estado de pleno bienestar físico, mental y social. Ello, tiene gran relevancia en tanto no puede pensarse el derecho a la salud individualmente, sino cómo ella influye e incide en los restantes derechos humanos. Y ello, determina el necesario enfoque de derechos humanos en la valoración de políticas, decisiones, medidas, de manera que el acceso a los derechos humanos sea igual para todas las personas. Además, cuando se trata de personas vulnerables -como el Sr. Gómez-, se debe agregar un "plus reforzado de protección", para evitar que se torne ilusorio el goce y ejercicio de sus derechos⁷².

De esta manera, la protección efectiva del derecho a la salud del Sr. Gómez no simplemente requería su atención médica en la cirugía de cadera, sino "que su salud sea

⁷⁰ CIDH, "Poblete Vilches y otros c. Chile", 08/03/2018, Cita OnLine: AR/JUR/26607/2018.

⁷¹ Cfr., MEDINA Graciela y YUBA Gabriela, *Las personas mayores y el derecho a la salud. Reflexiones a partir del caso "Poblete Vilches y otros c. Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Publicado en: LA LEY 10/10/2018, 10/10/2018, Cita Online: AR/DOC/1922/2018, p. 1.

⁷² *Ibidem*, p. 2.

preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”⁷³.

Así las cosas, al igual que el Estado Chileno, el Estado provincial resulta responsable por su omisión en la protección del derecho a la salud del Sr. Gómez, tanto en su estadía en el Hospital como luego en el parador público.

2.5. Responsabilidad de la ANMAT.

Al identificar los distintos tipos de responsabilidad en el caso, mencionamos la responsabilidad de la ANMAT, por el cumplimiento deficiente de su deber de controlar y supervisar el estado de la prótesis colocada al Sr. Gómez.

En este apartado, determinaremos si efectivamente cabe responsabilizar a la ANMAT por la muerte del Sr. Gómez, y en su caso, si el Estado central debe responder por la actuación de sus entes descentralizados.

2.5.1. Naturaleza jurídica de la ANMAT. Facultades y competencias según el Decreto 1490/92.

El Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto 1490/92 creó la ANMAT como ente descentralizado en el ámbito de la Secretaría de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, con autarquía económica y financiera, y con jurisdicción en todo el territorio de la Nación (art. 2°).

Es importante partir de la base de que, dentro de la Administración Pública, distinguimos la Administración centralizada -conformada por un conjunto de entes u órganos carentes de personalidad jurídica propia, organizada bajo la órbita del Poder Ejecutivo-; y la Administración descentralizada -conformada por entes que gozan de

⁷³ Cfr., art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

personalidad jurídica propia y no subordinados, jerárquicamente, al poder central⁷⁴. Ambas, son técnicas de organización administrativa, y hacen a la forma en que se organizan los sujetos que cumplen la función administrativa⁷⁵. Dentro de ésta última, corresponde distinguir entre los entes descentralizados como género, y los entes autárquicos como una especie dentro de la descentralización⁷⁶.

Los entes descentralizados, gozan de las siguientes características: 1) creación por el Estado nacional, cuya competencia se limita a lo que le atribuye la norma de creación, 2) personalidad jurídica propia, 3) asignación legal de recursos, 4) patrimonio estatal, 5) capacidad de autoadministración, y 6) control de tutela administrativa⁷⁷. En el caso de los entes autárquicos, a los requisitos mencionados, se suma la exigencia de un fin público específico, entendido éste en oposición a la actividad industrial o comercial⁷⁸.

Ahora bien, corresponde -más allá de lo que diga la norma de creación de la ANMAT- verificar si efectivamente se trata de un ente descentralizado y, a su vez, autárquico.

En primer lugar, la ANMAT fue creada por el PEN mediante el Decreto 1490/92. Sobre este aspecto, y de forma preliminar, cabe aclarar que creemos que la creación de entidades descentralizadas es competencia concurrente entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, salvo para aquellos supuestos de entidades cuya creación está encomendada exclusivamente y por disposición constitucional al Congreso (art. 76 inc. 6 y 18 CN)⁷⁹. De

⁷⁴ Cfr., GUSMAN Alfredo Silverio, *Autarquía y descentralización*, ED 755/773, p. 1.

⁷⁵ Cfr., MURATORIO Jorge I., *Centralización, descentralización, concentración, desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)*, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Edit. RAP, p. 226.

⁷⁶ Cfr., COMADIRA Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Op. Cit., p. 422.

⁷⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 422.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 423 y PTN en Dictámenes 138:425 y 146:216.

⁷⁹ Dentro de la doctrina iusadministrativa encontramos opiniones disímiles. La cuestión gira en torno al alcance de los arts. 75 inc. 20 de la CN, en cuanto atribuye al Congreso la facultad de crear y suprimir empleos, y el inc. 32, que lo faculta a hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Congreso y al gobierno nacional; con el art. 99 inc. 1 en cuanto establece que el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la Administración general del país. Por un lado, la Procuración del Tesoro de la Nación, con dictamen del Dr. Marienhoff, sostuvo que “*compete al Poder Ejecutivo la creación de entes autárquicos que no tengan a su cargo la ejecución de funciones expresamente reservadas al Poder Legislativo por la Constitución Nacional y en la medida que cuenten con fondos para constituir su patrimonio de afectación*” (Dictamen 171:453). Otros autores como Bielsa, Diez y Fiorini, sostienen que las entidades autárquicas sólo pueden ser creadas por ley formal. En una posición intermedia, Comadira sostiene

esta manera, entendemos que no existe inconveniente en que la ANMAT haya sido creada por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de su atribución constitucional de administrador general del país (art. 99 inc. 1° CN).

Si bien no desconocemos lo dispuesto por el art. 5° inc. a) de la Ley 25.152 en cuanto dispone que “[t]oda creación de organismo descentralizado [...] requerirá del dictado de una ley”, creemos que esta norma no desvirtúa lo antes expuesto.

Por un lado, la norma es infraconstitucional; de manera tal, que lo dispuesto no puede contradecir la facultad que otorga el art. 99 inc. 1° de la CN al Poder Ejecutivo como “administrador general del país”. Asimismo, realizando una interpretación integral de la CN surge expresamente que el Congreso posee como atribución exclusiva la creación de los correos generales de la Nación (art. 75 inc. 14) y de las Universidades Nacionales (art. 75 inc. 19). Por lo tanto, interpretamos que si el Constituyente hubiera querido establecer que la creación de las entidades descentralizadas constituye una facultad exclusiva del Poder Legislativo, lo hubiera dispuesto. Finalmente, no podemos desconocer el espíritu netamente presupuestario de la Ley en cuestión.

Por otra parte, la PTN mediante dictamen de fecha 16 de febrero de 2001 se expidió al respecto y reconoció que la creación de entidades autárquicas y descentralizadas es competencia propia del Poder Ejecutivo Nacional (PTN, Dictámenes 236:354).

Asimismo, en relación a la posible contradicción entre el art. 9 de la Ley 20.705 y el art. 5 inc. a) de la Ley 25.152, la PTN en dictámenes 233:148 del 25 de abril del 2000 y IF-2019-05463041 del 28 de enero de 2019, determinó que si la actividad se encuentra en cabeza de una entidad en la órbita de la Administración, es decir cuando sea una actividad propia del PE o los servicios cuya prestación se encuentren a su cargo, la creación de entidades descentralizadas es facultad del PE, ello en virtud de la atribución conferida por

que lo que va a determinar el órgano competente para crear las entidades autárquicas es si la actividad del ente se proyectará en la esfera de derechos de los particulares que adviene a la relación como terceros. En este supuesto, necesariamente deberán ser creadas por ley del Congreso, mientras que cuando el ente no exceda con su actuación el ámbito de las relaciones especiales de sujeción. Por nuestra parte, creemos -al igual que autores como Cassagne- que se trata de una competencia concurrente entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, salvo para aquellos supuestos de entidades cuya creación está encomendada exclusivamente y por disposición constitucional al Congreso (art. 76 inc. 6 y 18 CN). (cfr. GUSMAN Alfredo Silverio, Op. Cit. pp. 761-762, MURATORIO Jorge I, Op. Cit, p. 236, y CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, LexisNexis AbeledoPerrot, Séptima edición, Tomo I, p. 361).

el artículo 99 inc. 1 de la Constitución Nacional. Sólo en caso de que la actividad no se encuentre en cabeza del Poder Ejecutivo o haya sido conferida por la Constitución a otro Poder, sería necesaria su creación a través de una ley del Congreso⁸⁰.

Creemos que lo anterior resulta aplicable al caso, en la medida en que –si bien no se trata de un supuesto de transformación como en los dictámenes referidos- de los considerandos del Decreto 1490/92 de creación de la ANMAT surge que las funciones destinadas a ella ya se encontraban en cabeza del PEN, más precisamente, de la Secretaría de Salud. De esta manera, al igual que la Dirección General de Fabricaciones Militares, la ANMAT pudo ser creada sin óbice alguno por el PEN.

Retomando con las características de la ANMAT, ésta goza de personalidad jurídica propia en el marco de las competencias atribuidas por el decreto de creación. Respecto a la asignación de recursos, el art. 11 del Decreto establece que la mayoría de su patrimonio es estatal, en la medida en que gran parte de ellos provienen de los aportes del Presupuesto Nacional de la Administración Pública y los aportes extraordinarios que realice el Tesoro Nacional.

Además, pueden autodeterminarse en tanto tienen sus propias reglas y autoridades, pero al desarrollarse en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, el Estado central ejerce sobre ellos un control de tutela. De esta manera, la ANMAT cumple con los requisitos para ser considerado como un ente descentralizado.

Asimismo, al perseguir un fin público específico, esto es el control y fiscalización de la calidad y sanidad de los productos, sustancias, elementos y materiales que se consumen o utilizan en la medicina, alimentación y cosmética humanas, y del contralor de las actividades, procesos y tecnologías que mediaren o estuvieren comprendidos en dichas materias (art. 1°); también se trata de un ente autárquico.

2.5.2. Análisis de la responsabilidad de la ANMAT en el caso

⁸⁰ Cfr., PTN IF-2019-05463041-APN-DGAJ#SLY y 233:148.

Al igual que analizamos la configuración en el caso de la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires, corresponde hacer lo mismo respecto de la ANMAT.

1) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero

El daño cierto configurado en el caso, es el mismo ya sea respecto de la responsabilidad atribuida a la provincia de Buenos Aires como respecto de la responsabilidad de la ANMAT, esto es el daño generado a María Angélica Gómez por la pérdida de su abuelo.

2) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal

Como estudiamos, el PEN mediante el Decreto 1490/92 creó la ANMAT como ente descentralizado en el ámbito de la Secretaría de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, con autarquía económica y financiera, y con jurisdicción en todo el territorio de la Nación (art. 2°).

Esto significa que, aun cuando sea un ente con personalidad jurídica propia, no deja de pertenecer a la Administración. La descentralización es un modo de distribución de competencias en sujetos con personalidad capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones⁸¹. De esta manera, supone la existencia de dos entidades públicas estatales con personería suficiente como para ser -recíprocamente- uno depositario originario de las facultades y otro, destinatario de ellas para su ejercicio. Es decir, quien originariamente es titular de las competencias -generalmente por atribución constitucional- posee facultad para transmitir las a otra destinataria de ellas quien las ejerce⁸².

Por tanto, la ANMAT es un ente descentralizado en el ámbito del Ministerio de Salud, lo que involucra la imputabilidad material necesaria para atribuir responsabilidad al Estado.

⁸¹ Cfr. BALBÍN Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 95 y ss.

⁸² Cfr., PÉREZ HUALDE Alejandro, *Descentralización administrativa y "descentralización constitucional"*, Publicado en: SJASJA 13/4/2005; JA 2005-II-862; Cita Online: 0003/011192, p. 7.

3) Relación de causalidad adecuada

En cuanto a la relación de causalidad, como determinamos, si bien la causa directa del deceso del Sr. Gómez fue un cuadro de neumopatía producto de una disminución de sus defensas, la cuestión radica en cómo influyó la actuación de la ANMAT en esa desafortunada consecuencia.

Realizando el juicio de previsibilidad o probabilidad, creemos que cualquier hombre medio podría o debería prever que la no prohibición de la utilización de la prótesis objeto de implantación de una cadera defectuosa en un paciente sería susceptible de producir consecuencias dañosas en su salud.

4) Falta de servicio

La falta de servicio de la ANMAT la encontramos en su actuar defectuoso al no prohibir la distribución de la serie 7777 de prótesis, aun habiendo sido advertido por la empresa francesa productora y la distribuidora argentina.

Específicamente, creemos que la ANMAT no ejerció correctamente las competencias dispuestas en el art. 3 de su decreto de creación y cumplió de una manera defectuosa las obligaciones impuestas en el art. 8. En concreto, el art. 8 inc. ñ) respecto a su omisión de adoptar, ante la detección de cualquier factor de riesgo relacionado con la calidad y sanidad de los productos, sustancias, elementos o materiales comprendidos en el artículo 3º, las medidas oportunas y adecuadas para proteger la salud de la población.

Frente a una situación de riesgo, omitió tomar las medidas oportunas y adecuadas para proteger la salud de la población, en este caso del Sr. Gómez y de todos aquellos a quienes se les implantaron las caderas defectuosas y, que por tal motivo, sufrieron consecuencias dañosas en su salud.

2.5.3. Responsabilidad del Estado central por sus entes descentralizados.

Ahora bien, siendo la ANMAT un ente público autárquico, corresponde -a los efectos de la imputación de responsabilidad- determinar cuál es la relación entre estos entes

y el Estado central, y si éste tiene algún tipo de responsabilidad por el accionar de aquellos. Específicamente, determinaremos si corresponde atribuirle responsabilidad al Estado Nacional, por la falta de control de la ANMAT en la prótesis colocada al Sr. Gómez.

La cuestión tiene opiniones diversas en la doctrina. En primer lugar, hay quienes sostienen que la cuestión se rige por los principios y las reglas del derecho privado, aplicables frente al silencio administrativo. De esta manera, aplicaban el antiguo art. 1113 del CC, considerando al Estado central como principal y al ente descentralizado como dependiente⁸³.

En igual sentido, Marienhoff advierte que los entes descentralizados se tratan de "personificaciones" parciales de la Administración, dado que cada entidad autárquica es parte integrante de la Administración Pública y tiene a su cargo un "sector" de la actividad administrativa, pero que "[l]a descentralización jamás debe dar como resultado la plena y entera libertad de los órganos descentralizados. A su respecto debe existir un control más o menos amplio del poder central. Esto se explica, porque si así no fuere se trataría de una verdadera independencia y no de una simple descentralización"⁸⁴.

Así las cosas, según esta doctrina, la relación entre la Administración central y los entes descentralizados es de dependencia, y como tal, frente a un acto ilícito del dependiente, el principal es responsable, aunque de forma indirecta.

Otra postura, con la que coincidimos, es la que sostiene que la responsabilidad del Estado por la actuación de sus entes descentralizados se justifica por la existencia de un patrimonio único. "La separación de personalidades jurídicas no importaría de tal modo una división real de patrimonios. Más bien lo contrario; estaríamos ante un patrimonio estatal único que puede ser asignado con carácter específico al ente descentralizado para un fin o destino determinado. Si bien formal o externamente el ente sería titular de su patrimonio, su titularidad material o interna correspondería al Estado central"⁸⁵.

⁸³ Cfr. PIZARRO Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 167-168.

⁸⁴ MARIENHOFF Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, p. 270, <http://msmaldonadoabogados.com/images/Lectura-3-marienhoff-TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo I-2.pdf> disponible en internet el 14/8/2019.

⁸⁵ PIZARRO Ramón Daniel, Op. Cit., p. 168.

Cabe destacar que la CSJN se ha pronunciado a favor de la teoría de la unidad de patrimonios en estos términos: “[...] *la creación de las entidades autárquicas obedece a la conveniencia de atribuirles personería para el ejercicio autónomo de funciones que, de lo contrario, deberían ser asumidas por la Nación de modo directo (Fallos: 221: 100; 222:395) y la concesión consiguiente de derechos patrimoniales no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada [...]*”⁸⁶. Y posteriormente dispuso que “*siendo el deudor cedido la Nación misma y la demandada -osea el cedente- una empresa de propiedad de aquella [...] no cabe distinguir entre los bienes de una y otra, ya que en definitiva su titular es el Estado*”⁸⁷.

Por lo expuesto, si bien consideramos que el Estado central debe responder por los actos de los entes descentralizados, debemos analizar qué tipo de responsabilidad recae sobre aquel.

Sobre este aspecto, la Cámara Nacional Civil en 1991 dispuso al resolver la causa “Lopez Aguirre c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos” que el Estado era responsable en forma subsidiaria, o sea únicamente cuando los bienes afectados al ente autárquico sean insuficientes para hacer frente a su responsabilidad; de manera que el acreedor no puede requerir el pago directamente al Estado. Por tanto, la obligación del Estado es subsidiaria y de garantía⁸⁸.

Así las cosas, la separación patrimonial entre el ente autárquico y el Estado central es sólo relativa. Coincidimos con el Dr. Comadira en que extremar el rigor lógico del razonamiento a partir de la idea de la propiedad estatal de los bienes de los entes descentralizados podría llevar al vaciamiento de la personalidad de estos entes. Pero, por otro lado, la afirmación rigurosa de la personalidad y patrimonio propio de éstos también podría conducir, a través de un mecanismo inverso, a la exclusión de la responsabilidad del Estado. De esta manera, el punto de equilibrio se encuentra en el principio de la responsabilidad subsidiaria, porque por su intermedio se hace efectivo, por un lado, el

⁸⁶ Fallos 252:375, considerando 2°.

⁸⁷ Fallos 273:111, considerando 9°.

⁸⁸ Cámara Nacional Civil, Sala C, “López de Aguirre, Marcelina v. Empresa de Ferrocarriles Argentinos”, 14/05/1991.

principio de la unidad patrimonial del Estado y, por otro, se salvaguarda la propia personalidad de estos entes⁸⁹.

Esto es lo que ocurre en el caso que analizamos. Siendo la ANMAT un ente descentralizado y autárquico, el Estado Nacional resulta responsable indirecto por los daños que éste cause, y responde con su patrimonio sólo cuando los bienes del ente resulten insuficientes, es decir de forma subsidiaria. Ello se fundamenta en la relación de sujeción que subsiste entre el ente descentralizado y la Administración central.

No podría considerarse que la responsabilidad es directa, en tanto si así fuera, no estaríamos ante un ente descentralizado sino ante los órganos que conforman la Administración central. Sobre este aspecto, coincidimos con Comadira en que “[e]l ente no es equiparado a un mero órgano despersonalizado del Estado, comprometedor de su responsabilidad directa toda vez que al mantener su propia personalidad, el Estado sigue siendo “otro” a su respecto, pero el poder de disposición que a éste le asiste sobre el patrimonio del ente es lo que justifica la responsabilidad estatal. De esta manera, la responsabilidad del Estado central por la actuación de sus entes descentralizados es consecuencia del principio de unidad de patrimonios”⁹⁰.

2.6. Alcance de la reparación.

De lo analizado, surge que estamos ante un caso de responsabilidad del Estado por actividad ilícita, tanto del Estado provincial como de la ANMAT, de manera que la Srta. María Angélica Gómez tiene derecho a recibir una indemnización. Ahora bien, corresponde determinar con qué alcance se reparará el daño.

La LRE no establece qué tipo de indemnización le cabe al damnificado por la actuación ilegítima del Estado. Sin embargo, haciendo una interpretación a *contrario sensu* del art. 5º, que restringe la reparación del lucro cesante en los casos de responsabilidad lícita, concluimos que corresponde una reparación plena e íntegra.

⁸⁹ Cfr., COMADIRA Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Op. Cit., p. 432.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 429-430.

La CIDH ha receptado el principio de la *Restitutio in Integrum*, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras del 21/07/1989, donde dispuso que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. Asimismo, en el caso que ella no fuera posible se la sustituye con una indemnización que repare todos los perjuicios sufridos⁹¹.

Si bien, la Srta. Gómez tiene derecho a una reparación integral del daño, lo cierto es que el *quantum* de la reparación es tarea del juez interviniente. Y en ello dependerá, en gran medida, de lo que efectivamente las partes logren probar en la causa.

Cuando la reparación es integral, ella puede estar conformada por lo económico (proyecto de vida meramente económico) y extraeconómico (proyecto de vida personal, familiar y social), por las categorías autónomas de cada ámbito (valor económico de la vida, el patrimonio, el daño a la integridad física, sentimental, psíquica y espiritual) y los rubros reparables (daño emergente, lucro cesante y derecho de chance). Todo ello, siempre y cuando cada uno pueda ser probado y cuantificado económicamente⁹².

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro caso, la mayor parte del daño involucrado se constituye del daño moral por la pérdida del Sr. Gómez. Considerando los rubros antes mencionados, no podría decirse que el Sr. Gómez tuviera una esperanza de vida muy prolongada, en tanto al momento de su fallecimiento tenía 87 años, ni tampoco que fuera el sustento económico de la familia, al encontrarse en situación de calle.

Sin embargo, su muerte pudo provocar en sus familiares un daño en su espíritu por la pérdida de un ser querido, lo cual debe ser indemnizado. Es claro, que no se tratará de una reintegración de forma específica ya que resulta imposible regresar las cosas al estado anterior al hecho dañoso, pero sí se tratará de una reparación por equivalente; todo lo cual deberá ser valuado por el juez⁹³.

⁹¹ Cfr., ABERASTURY Pedro, Op. Cit., p. 8.

⁹² WEINGARTEN Celia y GHERS Carlos, *El derecho de chance en el Código Civil y Comercial de la Nación*, El Derecho, 22 de febrero de 2016 • ISSN 1666-8987 • N° 13.899 • AÑO LIV • ED 266, p. 2.

⁹³ Cfr., CUADROS Oscar Álvaro, Op. Cit., p. 285.

Cabe destacar el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en relación al daño moral, en cuanto determina que “[e]l rubro indemnizatorio referido al daño moral, [...] resarce el detrimento o lesión en los sentimientos, en las íntimas afecciones de una persona. Tiene lugar cuando se infiere un gravamen apreciable a ellas o, en general, cuando se agravia un bien extrapatrimonial o derecho de la persona digno de tutela jurídica. Se justifica porque la tranquilidad personal es dañada en una magnitud que claramente sobrepasa las molestias o preocupaciones tolerables”⁹⁴.

En este sentido, si bien el Máximo Tribunal de la provincia admite la admisibilidad del daño moral e interpreta que en algunos casos se admite la existencia de una presunción *in re ipsa*, lo cierto es que ello no exime a quien demanda su reparación de aportar pautas o criterios concretos que permitan calibrar la existencia y envergadura del perjuicio reclamado⁹⁵.

No hay dudas que mi clienta tiene derecho a una indemnización por daño moral, pero no desconocemos que debemos probar las afecciones causadas y presentar una cuantificación del respectivo daño.

A mayor abundamiento, si bien para determinar el nexo causal y atribuir responsabilidad, no deben considerarse las particularidades del caso y del agente que obró, en tanto la responsabilidad del Estado es objetiva, lo cierto es que ello sí podría influir en el juez al momento de realizar el juicio de culpabilidad y determinar el *quantum* de la indemnización, al igual que para determinar la culpa o el dolo del médico interviniente. Es decir, cuanto mayor haya sido el deber de previsión y diligencia del autor del daño, mayor será el resarcimiento. En este aspecto, creemos que el juez interviniente deberá tener en cuenta lo dispuesto por el art. 1725 del CCyC, en la medida en que los sujetos responsables –Hospital público, médico y ANMAT-, tenían un deber de previsión mayor que un hombre medio, en tanto son sujetos específicamente dedicados a la protección de la salud de las personas.

⁹⁴ SCPBA, Causa A. 71.710, "M., E. M. contra Provincia de Buenos Aires. Pretensión indemnizatoria s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 11/05/2016, voto del doctor Genoud, considerando III y del Dr. Soria, considerando 2.

⁹⁵ SCPBA, Causa B. 66.781, "Domínguez, Elba G. contra Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación. Demanda contencioso administrativa", 15/07/2015, voto del Dr. Genoud, considerando b.

2.7. Conclusiones preliminares del Capítulo I.

De todo lo expuesto extraemos las siguientes conclusiones:

- 1) La responsabilidad de Estado es objetiva y directa.
- 2) Ante la ausencia de normativa local de la provincia de Buenos Aires y en el ámbito nacional, considero que lo más apropiado sería que el caso se resuelva por la aplicación analógica de la Ley Federal N° 26.944.
- 3) En el caso se cumplen los requisitos para atribuir responsabilidad por actividad ilícita del art. 3° de la LRE al Estado provincial, específicamente por darle de alta al Sr. Gómez cuando aún se encontraba débil. Ello también acarrea la responsabilidad de forma particular del médico interviniente (art. 9 LRE).
- 4) La ANMAT es un ente descentralizado y autárquico, y resulta responsable directo de los daños ocasionados a María Angélica Gómez, por la omisión a sus deberes expresos y determinados en el decreto 1490/92. Específicamente, por su falta de control y supervisión de la prótesis implantada al Sr. Gómez.
- 5) El Estado Nacional es responsable, de forma indirecta y subsidiaria, por el accionar de la ANMAT.
- 6) El alcance de la reparación es integral y debe incluirse el daño moral.

3. Capítulo II: La acción indemnizatoria y los procesos colectivos

De lo expuesto en el capítulo anterior, concluimos que el Estado es responsable por la muerte del Sr. Gómez y, como tal, debe indemnizar a nuestra clienta. Sin embargo, para efectivizar esa indemnización es necesario interponer una acción judicial contra el Estado.

Por ello, en este capítulo de la tesina, estudiaremos todo lo relacionado con los pasos procesales para demandar al Estado y, consecuentemente, lograr que la Srta. Gómez reciba la indemnización correspondiente. Específicamente, estudiaremos: 1) los requisitos procesales y sustanciales de la acción indemnizatoria, tanto del proceso administrativo como judicial. En este aspecto, es importante analizar si resulta necesario agotar la vía administrativa a fin de habilitar la instancia judicial; 2) el juez o jueces competentes ante quienes interpondremos la acción; 3) cuál es el plazo de prescripción de la acción y a partir de qué momento comenzó a computarse el mismo; y 4) el régimen de ejecución de sentencia cuando el demandado es el Estado.

Asimismo, al ser consultados por 20 personas más que fueron operadas, a las que se les implantó la prótesis defectuosa -al igual que al Sr. Gómez- y, que por aquella razón, sufrieron daños en su salud, estudiaremos la posibilidad de iniciar una acción colectiva. Para ello, debemos: 1) determinar de qué tipo de derecho se trata; 2) cuáles son los requisitos para la procedencia de las acciones colectivas, y si se dan en nuestro caso; 3) la legitimación necesaria para interponer la acción; y 4) los efectos de la sentencia.

3.1. La acción indemnizatoria. Requisitos procesales y sustanciales.

Si bien existe en el caso un supuesto de responsabilidad del Estado, su reconocimiento no tendría ningún sentido si no se proveyera a la víctima de la actividad ilícita, herramientas para hacer efectivo su resarcimiento, esto es, la acción indemnizatoria.

Respecto de los requisitos sustanciales de la acción, no se requiere demasiado análisis ya que, como bien demostramos en el capítulo I, se dan los elementos para responsabilizar al Estado tanto al Estado provincial como a la ANMAT. En otras palabras,

los requisitos sustanciales se conforman de los elementos de la responsabilidad y su configuración en el caso.

Por su parte, dentro de los requisitos formales debemos analizar, por un lado, el agotamiento de la vía administrativa a fin de tener habilitada la instancia judicial, y por otro lado, ante qué juez o jueces interpondremos la acción. A continuación, analizaremos ambas cuestiones detalladamente.

3.1.1. Habilidadación de la instancia judicial

Siendo el demandado el Estado, debemos analizar si corresponde agotar la vía administrativa o si, de lo contrario, podría interponerse la acción directamente en el fuero judicial.

En el caso, como bien concluimos en el capítulo anterior, existen diversos demandados: 1) la ANMAT y de forma indirecta y subsidiaria el Estado Nacional, y 2) el Estado de la provincia de Buenos Aires y el médico interviniente que otorgó el alta médica. Toda vez que los demandados actúan en jurisdicciones distintas, corresponde analizar la cuestión por separado.

Respecto de la ANMAT, como ente descentralizado nacional, si bien la regla general es el reclamo administrativo previo, aquí se da un supuesto de excepción legalmente establecido. El art. 32 de la Ley de procedimiento administrativo N° 19.549 establece que “[e]l reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario: [...] b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual”.

En el caso del Estado provincial, la cuestión es más compleja. Ello, por cuanto la norma dispuesta en el art. 14 del CCA, en su actual redacción⁹⁶, establece que “[...] será

⁹⁶ Cabe destacar que la redacción original del art. 14, según la Ley 12.008, establecía que la regla no consistía en el agotamiento de la vía administrativa, sino en la demandabilidad directa, toda vez que disponía en su primer párrafo que “[...] será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos [...]”. Luego, con el dictado de la ley 13.101 se invirtió esta regla, estableciéndose que deberá agotarse la vía administrativa “en todos los casos” (Cfr. LÓPEZ Mariano Martín Camilo, *El agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires (con especial énfasis*

necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en todos los casos salvo los siguientes supuestos [...]”. Ello, no se condice con el principio de demandabilidad directa plasmado en los arts. 15⁹⁷ y 166⁹⁸ de la Constitución local.

Afortunadamente, los jueces interpretaron la norma del art. 14 antedicha, restringiendo su alcance fundamentalmente a las pretensiones de anulación de actos administrativos⁹⁹. Cabe aclarar, que cuando se pretende impugnar la validez de un acto administrativo, el agotamiento de la vía administrativa está plenamente justificado como una etapa de conciliación previa tendiente a brindar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores. Sin embargo, consideramos que existen otros supuestos en los que aquella exigencia podría tornarse en un ritualismo inútil y afectar el acceso a la jurisdicción, siendo violatoria a la garantía constitucional de tutela judicial efectiva, explícitamente prevista en el art. 15 de la Constitución local¹⁰⁰.

En el fallo “Gaineddu”¹⁰¹ del 23/04/2003, en la que se procuraba una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por una omisión material del Estado y sus agentes en el ejercicio de funciones administrativas, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires consideró que en la medida en que la petición no presuponía la impugnación de ningún acto administrativo no resultaba necesario la reclamación administrativa previa¹⁰².

Asimismo, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín en la causa “Comper S.A.” del 23/09/2004, en donde se debatía si la interposición del reclamo administrativo previo era obligatoria cuando la pretensión recaía en la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por una omisión estatal, los magistrados

en el fuero contencioso administrativo), Publicado en: RDA 2014-93, 05/05/2014, 761, Cita Online: AR/DOC/5129/2014, p. 5).

⁹⁷ “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia [...]”.

⁹⁸ “[...] Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

⁹⁹ Cfr. PERRINO Pablo E., *Lineamientos del régimen de justicia contencioso administrativa de la Provincia de Buenos Aires*, Infojus, p. 221 <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4375>, disponible en internet el 27/06/2019.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 222-223.

¹⁰¹ B-64.553.

¹⁰² Cfr. *Ibidem*, considerando III.1.

entendieron que "...la mención que el art. 14 hace de 'todos los casos' debe conjugarse con lo dispuesto en el art. 166, in fine, de la Constitución provincial, en cuanto a que 'todos los casos' a que se refiere la disposición del Código son aquellos en los que la ley establece la obligación de agotar la vía administrativa, con las excepciones determinadas en los apartados a, b, c y d del inc. 1º..."¹⁰³.

De esta manera, en nuestro caso, toda vez que la pretensión está abocada al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una falta de servicio imputable al Estado, es decir que no se busca impugnar un acto administrativo, debe estarse al principio constitucional de demandabilidad directa. En consecuencia, no resulta necesario agotar la vía administrativa, pudiendo acudir de forma directa al fuero judicial en lo contencioso administrativo.

A mayor abundamiento, consideramos que -más allá de lo expuesto- las reclamaciones por daños y perjuicios podrían ser incluidas en el supuesto del inc. b) del art. 14, en cuanto se configuraría un ritualismo inútil.

En conclusión, no sería necesario agotar la vía administrativa, pudiendo interponerse la acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual directamente en sede judicial, tanto en el ámbito nacional como en el provincial.

3.1.2. Jurisdicción y competencia. Fuero interviniente.

Partiendo de una definición genérica de competencia del Poder Judicial, decimos que es la "aptitud dada por el ordenamiento jurídico a los jueces, para decidir conflictos con fuerza de verdad legal, bajo las normas procesales que correspondan según la materia"¹⁰⁴. De esta manera y en nuestro caso, a fin de determinar el juez competente, debemos

¹⁰³ LÓPEZ Mariano Martín Camilo, Op. Cit, p. 10.

¹⁰⁴ CANDA Fabián, "La competencia Contencioso-Administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente para su determinación", en Estudios de Derecho Público/Edgardo Tobías Acuña, Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales– UBA, 2013, p. 558, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/005-edp-3-canda.pdf> (disponible en internet el 06/05/2019).

considerar, por un lado, qué norma preponderantemente va a resolver el caso, y por el otro, los sujetos intervinientes.

Asimismo, en razón de la doctrina de imposibilidad de acumulación subjetiva de pretensiones desarrollada por la CSJN en la causa “Mendoza”¹⁰⁵ y muchos otros casos¹⁰⁶, corresponde analizar por separado cada una de las acciones en relación al sujeto demandado. Esto es, si bien el hecho que dio origen a la pretensión de mi clienta de exigir los daños y perjuicios sufridos fue la muerte de su abuelo, lo cierto es que cada uno de los demandados resulta responsable por faltas de servicio distintas.

Por un lado, el Estado provincial y el médico resultan responsables por haberle dado de alta al Sr. Gómez mientras éste se encontraba aún débil; y por otro lado, la ANMAT resulta responsable por su omisión en el control y supervisión de la prótesis implantada. De esta manera, entendemos que siendo sujetos que intervienen en jurisdicciones distintas y que el actuar ilícito imputado es diverso en cada caso, corresponde interponer la acción contra la provincia de Buenos Aires en los tribunales locales de aquella provincia y la acción contra la ANMAT en los tribunales federales de primera instancia.

3.1.2.1. Fuero competente en razón de los demandados.

3.1.2.1.1. Acción contra AMNAT

¹⁰⁵ *Fallos* 329:2316.

¹⁰⁶ La CSJN ha reiterado el criterio de la improcedencia de la acumulación subjetiva de pretensiones en diversos fallos: FSM 013066691/2009/1/RH001, *Fallos*: 341:1854, CSJ 4979/2015, F. 1741. XL. ORI, T. 287. XXXVII. ORI, entre muchos otros. Si bien coincidimos con la mayoría de la CSJN, corresponde hacer mención a la disidencia parcial del Dr. Rosatti en “Olivo, Pablo Ezequiel y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”. Allí, el ministro del Máximo Tribunal consideró que en el caso correspondía apartarse de la jurisprudencia conforme la cual la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisibles si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte. Específicamente, establece que por las circunstancias fácticas del caso, esto es una persona con discapacidad, no cabe imponer una mayor mortificación que la que el propio Estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos y recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios. Si bien es cierto que en nuestro caso podría darse una situación análoga a aquella, considero que no existe en este caso posibilidad de fallos contradictorios, ni un supuesto de posible conexidad o acumulación de causas, en tanto no hay unidad de sujetos demandados ni objeto, en tanto si bien se reclama en ambos casos los daños y perjuicios, las causas generadoras en uno u otro caso son diversas.

Respecto de la acción que se interpondrá contra la ANMAT corresponde determinar si resultan aplicables los arts. 116 y 117 de la CN. El primero de ellos, establece que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...] de los asuntos en que la Nación sea parte [...]”.

De la norma transcripta detectamos dos premisas: 1) la causa versa sobre puntos regidos en una ley federal (en la medida en que en el capítulo anterior determinamos que la ley aplicable es la Ley Federal N° 26.944); y 2) la Nación es parte demandada, porque la ANMAT es un ente descentralizado, que actúa en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Así las cosas, del art. 116 de la CN se deriva que corresponde atribuir competencia a los tribunales federales.

Ahora bien, hay que determinar si existe un supuesto por el cual corresponde que entienda la CSJN en competencia originaria. En primer lugar, debemos considerar el art. 2° de la Ley 48 que regula la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, que establece en su inciso 6° que en todas aquellas causas en que la Nación sea parte deben intervenir los juzgados nacionales en primera instancia. En nuestro caso, siendo la ANMAT un ente descentralizado que actúa en el ámbito de la Secretaría de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, aun cuando tiene personalidad jurídica propia y pueda ser el demandado directo, ello no quita que la Nación sea parte.

Asimismo, debemos estudiar la relevancia de la doctrina de la CSJN asentada en los casos “Barreto”¹⁰⁷ y “Castelucci”¹⁰⁸. En estos precedentes, la CSJN consideró que debía abandonarse el concepto de “causa civil” que se venía aplicando hasta ese entonces, concluyendo que no resultaba competente la CSJN para conocer por vía de su jurisdicción originaria prevista en el artículo 117 CN, cuando las indemnizaciones que se reclaman, como consecuencia de los daños ocasionados, derivan del ejercicio del poder público provincial¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Fallos 329:759.

¹⁰⁸ Fallos 332:1528.

¹⁰⁹ Cfr., Fallos 332:1528, considerando 2°.

Específicamente en “Barreto”¹¹⁰, el Tribunal Supremo determinó que tratándose de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado provincial por la falta de servicio en que habría incurrido el personal de la policía, y no existiendo óbice para que la cuestión sea sometida a los tribunales inferiores, velando por las autonomías provinciales y la administración interna de las provincias, debía intervenir la justicia local. Asimismo, reafirmó su postura en razón de que se trataba de un caso derivado del poder de policía de seguridad entendido como una potestad propia del Estado, materia cuya regulación correspondía al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo a los gobiernos locales, de conformidad con el art. 121 y concordantes de la CN y que encuentra su fundamento en principios extraños al derecho privado, a lo que no obsta que se apliquen disposiciones del Código Civil y propias del derecho común¹¹¹.

De esta manera, aun tratándose de un supuesto de competencia originaria en razón de los sujetos intervinientes, la CSJN resolvió que eran competentes los tribunales inferiores.

En nuestro caso ocurre algo similar y, por lo tanto, corresponde resolver en esos términos. Si bien, estamos ante un supuesto de los mencionados en el art. 117 de la CN para que la CSJN entienda de forma originaria, la acción debe interponerse ante un juez federal de primera instancia.

3.1.2.1.2. Acción contra la provincia de Buenos Aires

Respecto a qué fuero es competente en la provincia de Buenos Aires en la acción contra el Estado provincial y el médico interviniente, resulta aplicable lo ya dispuesto en el capítulo anterior en el punto 2.3.1. al que nos remitimos.

¹¹⁰ El caso “Barreto” del 21 de marzo de 2006 implicó un brutal cambio en el alcance de la competencia originaria de la CSJN. El caso se trató de un supuesto de responsabilidad del Estado, en el que los demandantes promovieron demanda contra la provincia de Buenos Aires y contra un miembro de las fuerzas policiales de ese Estado, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de su hija. El caso, estaba incluido dentro de los supuesto descritos por el art. 117 de la CN, en tanto los demandantes poseían domicilio en la Capital Federal, es decir se trataba de un caso en el cual se demandó a una provincia por los vecinos de otra.

¹¹¹ Cfr. *Fallos* 329:759, considerandos 5°, 7°, 8°, 9°, 10° y 11°.

En resumidas palabras, la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en el último párrafo del art. 166 establece la posibilidad de demandar, por actuación u omisión, a la provincia; y el art. 1° del CCA -Ley 12008- establece que para aquellos casos y siempre que actúen en ejercicio de función administrativa la competencia es del fuero Contencioso Administrativo.

Asimismo, el art. 2° del CCA en su inciso 4° establece que para los supuestos de responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, se rigen por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado.

Así las cosas, la acción contra la provincia de Buenos Aires y el médico, deberá interponerse ante un juzgado local en lo contencioso administrativo¹¹².

3.1.2.2. Fuero competente en razón de la materia.

En relación a la provincia de Buenos Aires, no existe inconveniente para atribuir competencia al fuero contencioso administrativo, dado que como mencionamos en el punto anterior, el propio Código Contencioso Administrativo local establece que para los casos de responsabilidad patrimonial generada por la actividad ilícita del estado provincial, el fuero competente es el contencioso administrativo.

En el caso de la acción contra la ANMAT -a falta de un Código Contencioso Nacional- será la normativa aplicable para resolver el caso, la que determinará el fuero competente en razón de la materia. Coincidimos con García Pullés en que en estos casos es aplicable “el principio según el cual pertenecen al ámbito de lo contencioso-administrativo los conflictos cuya resolución esté regida “prima facie” y de manera “preponderante” por el derecho público o administrativo, mientras que corresponden a “lo civil y comercial federal” aquellos otros que se deciden con base en el derecho privado. En la especie, conviene tener presente la pacífica atribución al fuero contencioso-administrativo de las

¹¹² Cabe destacar que el propio CCA de la provincia determina no sólo la competencia local, sino también la competencia en lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurre en Nación, todo ello por la falta de sanción de un Código Contencioso Nacional.

materias relacionadas con el ejercicio del poder de policía en general y, particularmente, [...] en la responsabilidad estatal derivada de la omisión de actuar de aquél”¹¹³.

Tal como mencionamos, si la solución la vamos a encontrar en la Ley Federal N° 26.944, sin perjuicio de acudir al Código Civil y Comercial en casos de lagunas normativas, el fuero competente es el Contencioso Administrativo.

Si bien es cierto que el art. 45 inciso a) de la Ley 13.998 de Organización de la Justicia Nacional establece que los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo de la Capital Federal serán competentes para conocer de las causas contencioso administrativas, lo cierto es que existe un gran vacío legal respecto de los criterios para determinar cuándo estamos ante una causa Contencioso Administrativa, y ello se debe a la falta de un Código Contencioso Administrativo Nacional que las defina¹¹⁴.

De esta manera, no sólo es posible sino que es necesario acudir a los criterios jurisprudencialmente establecidos, para verificar si estamos ante una causa contencioso administrativa.

En primer lugar, cabe replicar el criterio normativo¹¹⁵ asentado el plenario de la entonces Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal en la causa “Boccardo”¹¹⁶, que dispuso que para determinar la competencia debe determinarse *prima facie* si la situación jurídica se desenvuelve en la esfera del derecho administrativo o si, por el contrario, se está frente a una relación de naturaleza civil, regida por los principios propios del derecho común; sólo en la medida necesaria para dirimir el conflicto y sin que

¹¹³ GARCÍA PULLÉS Fernando, *El contencioso administrativo en la República Argentina*, Garcia Pullés, F. – Tratado de lo Contencioso Administrativo, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 11.

¹¹⁴ En el ámbito nacional, a diferencia de la provincia de Buenos Aires, no existe un Código Contencioso Administrativo. Recordemos que la provincia de Buenos Aires establece un criterio objetivo para atribuir competencia a los Juzgados contencioso administrativos por disposición del art. 1° de la Ley provincial 12.008.

¹¹⁵ Sin desconocer la existencia de diversos criterios de atribución de competencia como: 1) el criterio objetivo, en razón del acto cuestionado en ejercicio de función administrativa (como ocurre en la provincia de Buenos Aires) y 2) el criterio subjetivo, en razón de la parte interviniente (como el dispuesto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); consideramos que en los casos de ausencia legal que atribuya competencia, el criterio más conveniente es el normativo, es decir que la competencia se determinará por la norma de fondo que resolverá la controversia.

¹¹⁶ CNFed. CA, en pleno, 30/V/78, Miguel Boccardo e hijos y otros, LL, 1978-C, 5.

implique avanzar juicio definitivo sobre cuál ha de ser, en última instancia, el régimen legal aplicable¹¹⁷.

En segundo lugar, y respecto de la jurisprudencia de la CSJN, si bien la doctrina no siempre fue la misma, estimo pertinente hacer mención a dos fallos en los cuales el Tribunal sostuvo el criterio normativo de atribución de competencia.

En el ya mencionado caso “Barreto”, la CSJN manifestó que las disposiciones contenidas en el Código Civil en relación a la responsabilidad y el resarcimiento por los daños ocasionados, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina, sino que constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas. Asimismo, determinó que aquellos principios generales, pasan a integrarse al plexo de principios de derecho administrativo, y especificó que en el caso debía acudir al estudio del régimen jurídico administrativo local¹¹⁸. Por tanto, consideró que en razón del carácter administrativo de la relación entre las partes, correspondía la competencia del fuero administrativo local.

En igual sentido, en la causa “Giraldo”¹¹⁹ adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal, la CSJN determinó la competencia del fuero Contencioso Administrativo cuando para la resolución del caso se debiera aplicar, de manera sustancial, principios propios del derecho público, sin perjuicio de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo.

De esta manera, teniendo en cuenta que la ley que resulta aplicable y que resolverá el caso es la Ley Nacional de Responsabilidad N° 26.944, de derecho público y administrativo y, asimismo, para resolver el caso será necesario acudir a principios de derecho público, es competente el fuero Contencioso Administrativo. Cabe destacar, que aun cuando el juez interviniente en el caso determine la aplicación del Código Civil y Comercial, tal como lo dijo la CSJN, lo referido a las cuestiones de responsabilidad y

¹¹⁷ *Ibidem*, considerando 6°.

¹¹⁸ Cfr., *Fallos* 329:759, considerandos 11 y 12.

¹¹⁹ CSJN, Competencia N° 137. XLIII. “Giraldo, Verónica Lorena c/ Edesur S.A. y otros s/ daños y perjuicios, sentencia del 12/06/2007 y Dictamen fiscal del 11/04/2007.

resarcimiento de daños y perjuicios, constituyen principios generales aplicables a cualquier disciplina, y su aplicación subsidiaria además de no modificar la calidad administrativa de la relación, implica su integración en el plexo de principios de derecho administrativo¹²⁰.

Por todo lo expuesto, la acción de daños y perjuicios debe ser interpuesta ante la justicia Contencioso Administrativa Federal.

3.2. Prescripción

Una de las cuestiones fundamentales que debemos tener en cuenta al momento de interponer la acción es el plazo de prescripción. La LRE establece que el plazo para demandar al Estado es de 3 años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

En nuestro caso, el plazo de comenzó a correr el 9 de agosto de 2016, por tanto la acción prescribe el 9 de agosto de 2019. Cabe destacar que nuestro caso no presenta grandes controversias por dos motivos. Por un lado, los hechos tuvieron lugar luego de la sanción de la LRE y del CCyC, por lo tanto no existe un conflicto en razón del art. 2537 del CCyC y la prescripción bienal antiguamente regulada por el Código Civil¹²¹. Por otro lado, no caben dudas de que el cómputo del plazo comenzó a correr desde la muerte del Sr. Gómez, en tanto fue el hecho que generó el daño¹²².

¹²⁰ Cfr., *Fallos* 329:759., considerando 12°.

¹²¹ Cabe destacar que si la muerte del Sr. Gómez se hubiera producido en junio de 2014, es decir antes de la sanción de la Ley 26.944 y de la reforma del Código Civil, resultaría aplicable el art. 2537 del CCyC. Esta norma, establece que *“Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”*. Esto significa que en los casos de responsabilidad extracontractual, cuando los hechos son anteriores a la entrada en vigencia de la LRE, ésta no resulta aplicable, en tanto el plazo que regula la ley anterior (el CC) es menor al nuevo plazo. Distinto es el supuesto de la responsabilidad contractual, en la cual el plazo de la ley anterior es mayor que el plazo regulado en la nueva ley. En este supuesto, si se aplica lo dispuesto en el art. 2537 del CCyC.

¹²² Sin perjuicio de que el caso no presenta controversias en cuanto al cómputo del plazo de prescripción, en tanto comienza a computarse desde el hecho generador del daño, es decir desde la muerte del Sr. Gómez, es importante remarcar que el cómputo del plazo siempre comienza desde el efectivo conocimiento del daño. Esto significa que si el Sr. Gómez hubiera fallecido el 9 de agosto de 2016, pero su nieta que es quien interpone la acción recién hubiera tomado conocimiento del hecho un tiempo después, el plazo comenzaría a computarse desde aquel momento (Cfr., CSJN *“Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Buenos Aires, Provincia*

Asimismo, si bien consideramos que es aplicable la LRE para resolver el caso, al igual que en el punto anterior podría ocurrir que el juez determine la aplicación del Código Civil y Comercial. En este aspecto, cabe destacar que la solución en cuanto al plazo de la prescripción sería el mismo, en razón de que el art. 2561 del CCyC establece que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años.

3.3. Ejecución de sentencia.

Si bien el Estado es responsable, cabe preguntarnos si esa sentencia condenatoria podría ejecutarse o cuáles son los medios necesarios para obtener su cumplimiento.

En nuestro sistema existen tres tipos de sentencias: 1) las sentencias declarativas, cuyo efecto constituye una simple declaración de existencia o inexistencia de un derecho; 2) las sentencias constitutivas, que son aquellas por las cuales se crea una nueva situación jurídica para las partes, y 3) las sentencias condenatorias, por las que el juez transmite un mandato a cumplir, el que puede consistir en dar, hacer o no hacer una determinada pretensión¹²³.

En este caso, estaríamos ante dos sentencias condenatorias, que ordenarían al Estado de la provincia de Buenos Aires –por un lado- y a la ANMAT –por el otro- a indemnizar a María Angélica Gómez. Ello, habilitaría a esta última a que, cuando no hubiere cumplimiento voluntario de la sentencia firme por parte de la Administración, proceder a la ejecución forzosa de la misma.

3.3.1. Ejecución de las sentencias contra el Estado a nivel nacional

de s/restitución de dólares” (04/06/1985), considerando 4° y CNACC en “Puca Pedro Crisoldo” (2003), considerando IV)

¹²³ Cfr., GALLEGOS FEDRIANI Pablo, “*El cumplimiento forzoso de las sentencias por parte del Estado Nacional*”, p. 216, https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/10gallegosfedriani.pdf, https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/10gallegosfedriani.pdf, disponible en internet el 2/4/2019.

Si bien el Estado puede ser demandado y resultar responsable por los daños y perjuicios que su actuación u omisión causen, también es cierto que a nivel nacional posee la facultad de diferir el cumplimiento de las sentencias condenatorias.

En este aspecto, es importante estudiar cuál sería el procedimiento a seguir, en caso de obtener una sentencia favorable a mi cliente.

El procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado a nivel nacional se rige fundamentalmente por las siguientes normas: el art. 7° de la Ley 3952, el art. 22 de la ley 23.982 y por los arts. 7 y 22 de la ley 24.624, para las deudas no consolidadas; y por las leyes 23.982 y 25.344 para las deudas consolidadas¹²⁴. En nuestro caso, nos abocaremos únicamente al primer supuesto¹²⁵.

La Ley 3252 en el año 1900 constituyó un hito en materia de ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado. En primer lugar, eliminó la venia legislativa requerida hasta el momento como un requisito legislativo previo para reclamar contra el Estado, de forma tal que podríamos afirmar que concluyó con la etapa de indemandabilidad del Estado¹²⁶. En segundo lugar, es importante, aunque quizás desafortunada, en tanto dispuso en su art. 7°¹²⁷ que las sentencias condenatorias contra el Estado tienen carácter declarativo¹²⁸.

¹²⁴ Cfr., HUTCHINSON Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Rubinzal-culzoni, Santa Fe, 2009, p. 393.

¹²⁵ Al respecto, cabe destacar que en nuestro país hubo dos procesos de consolidación de deudas. En un primer momento, en 1991 la Ley 23.982 consolidó las obligaciones del Estado que tuvieran reconocimiento firme en sede administrativa o judicial hasta el 01/04/91. Así, el acreedor podía optar por un bono de consolidación a 16 años de plazo, en dólares o en pesos con un interés; o el pago en pesos, sin bono, siempre que su crédito fuese reconocido por el Congreso Nacional (Cfr. GALLEGOS FEDRIANI Pablo, Op. Cit., p. 219). Posteriormente, la Ley 25.344 hizo lo propio respecto de las obligaciones de dar sumas de dinero con causa o título posterior al 31/03/1991 y 31/03/1992 para las previsionales y anterior al 01/01/2000, fecha de consolidación que luego fue prorrogada al 31 de diciembre de 2001 por la ley de presupuesto 25.565 para las obligaciones previsionales y 25.725 para las no previsionales (Cfr. HUTCHINSON Tomás, Op. Cit., p. 393).

¹²⁶ Cfr. GALLEGOS FEDRIANI Pablo, Op. Cit., p. 218 y Cfr. GALLI BASUALDO Martín, *La ejecución de sentencias contra el Estado*, p. 515, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_ejecucion_de las_sentencias_contra_el_estado.pdf, disponible el 30/06/2019.

¹²⁷ Art. 7° Ley 3952: “Las decisiones que se pronuncien en estos juicios, cuando sean condenatorias contra el Estado, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se presenta”.

¹²⁸ Cfr. GALLEGOS FEDRIANI Pablo, Op. Cit., p. 218.

Al respecto, y frente a las críticas al carácter meramente declarativo de las sentencias condenatorias del Estado por ser contrario a la tutela judicial efectiva¹²⁹, la CSJN en 1966 interpretó el alcance del artículo 7° de la Ley 3952 en el fallo “Pietranera”¹³⁰ y dispuso que “[s]u propósito no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde ese punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales”¹³¹.

De esta manera, se reguló pretorianamente el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado, sin derogar el art. 7 antedicho. Así las cosas, existiendo una condena firme contra el Estado, éste debía establecer en qué plazo cumpliría la sentencia, o en su defecto, el juez debía imponer un plazo razonable para el cumplimiento. Transcurrido ese plazo sin haberse cumplido la manda judicial, el juez estaba habilitado para ejecutar la sentencia¹³².

Este fue el sistema utilizado hasta que, a raíz de la crisis económica atravesada por el país, se tomaron una serie de medidas que implicaron la suspensión de los juicios contra el Estado¹³³ y luego, como ya mencionamos, la consolidación de las deudas¹³⁴.

Posteriormente, la Ley 23.982 en su art. 22 se refirió a las deudas posteriores al 1 de abril de 1991, es decir aquellas que no habían quedado consolidadas, y dispuso que el Poder Ejecutivo debía comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento, y que si el Congreso no las reconocía

¹²⁹ Para ampliar ver HUTCHINSON Tomás, Op. Cit. pp. 364-360.

¹³⁰ Fallos 265:291.

¹³¹ Fallos 265:291, considerando 5°.

¹³² Cfr. GALLEGOS FEDREANI, Op. Cit., p. 226.

¹³³ Ley N° 23.696 de 1989 implicó la suspensión de todos los juicios existentes contra el Estado por el término de dos años (art. 50).

¹³⁴ Cfr. GALLEGOS FEDREANI, Op. Cit., p. 226.

a partir de la clausura del período de sesiones ordinario, el acreedor podía solicitar la ejecución judicial¹³⁵.

Finalmente, el art. 20 de la Ley 24.624 –de presupuesto para el ejercicio 1996- como complemento del art. 22 de la ley 23.982, dispuso que el pago de las obligaciones de dar sumas de dinero en cabeza del Estado debían ser satisfecho dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el presupuesto del año en el que se dicta la sentencia; y en caso de que el presupuesto correspondiente careciera de crédito presupuestario suficiente, el Poder Ejecutivo debía efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, siempre y cuando la Secretaría de Hacienda haya tomado conocimiento fehaciente antes del 31 de agosto¹³⁶. Cabe destacar que la Ley 26.895 (presupuesto para el 2014) modificó ésta última fecha al 31 de julio (art. 68).

En este contexto, actualmente a nivel nacional y por prescripciones legales se admite el diferimiento del pago de las sumas de dinero provenientes de condenas judiciales contra el Estado.

Recientemente, la CSJN interpretó el art. 68 de la ley 26.895 en el fallo “Curti”¹³⁷ del 27/12/2016. Allí, dispuso que la norma le confiere a la Administración la prerrogativa de diferir el pago de una condena por una única vez en el supuesto de que se agote la partida presupuestaria correspondiente al ejercicio en el que se encontraba prevista su cancelación. Pero si el deudor no acredita el agotamiento de la partida, incumple el orden de prelación para el pago o bien, concretado el diferimiento, transcurre el ejercicio sin que se verifique la cancelación de la condena dineraria, el acreedor está facultado para llevar adelante la ejecución. Ello es así, en razón de que no es admisible que el Estado pueda demorar el acatamiento de un fallo judicial por el incumplimiento de un deber legal¹³⁸. De esta manera, aclara la CSJN que si el Estado ejerció la opción de diferir el pago, de no verificarse la cancelación en el ejercicio siguiente, el actor puede llevar adelante la ejecución.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 220.

¹³⁶ Cfr. GALLI BASUALDO Martín, Op. Cit. pp. 520-521 y GALLEGOS FEDRIANI Pablo, Op Cit, pp. 219-223.

¹³⁷ *Fallos* 339:1812

¹³⁸ *Ibidem*, considerando 6º, tercer párrafo.

En conclusión, el carácter declarativo de las sentencias condenatorias del Estado aún vigente, debe interpretarse -a fin de garantizar el fiel ejercicio de la tutela judicial efectiva- como la facultad del Estado de diferir el pago de una obligación pero debiendo incluirla dentro del presupuesto del año siguiente al que quedó firme, y sólo en caso de insuficiencia presupuestaria, en el siguiente. De lo contrario, el acreedor puede ejecutar forzosamente la sentencia.

3.3.2. La ejecución de sentencias contra el Estado en la provincia de Buenos Aires

La Constitución de la provincia de Buenos Aires consagra expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, comprendiendo no sólo la facultad de exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino también que lo resuelto en ella sea cumplido aún contra la voluntad del obligado, de manera tal que los tribunales no tienen simplemente el deber de juzgar, sino también el de hacer ejecutar lo juzgado¹³⁹.

Ya desde la Constitución de 1889, en su art. 159, se contemplaba la facultad de la Suprema Corte de Justicia de mandar cumplir directamente sus sentencias, por las oficinas o empleados respectivos, si la autoridad administrativa no lo hiciera dentro de los sesenta días de notificada la sentencia. Este mismo precepto fue replicado en el art. 151 de la Constitución de 1934¹⁴⁰.

En la actualidad, luego de la reforma constitucional de 1994, el art. 163 establece que: *“La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso administrativas, aquélla, y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciera en el plazo de sesenta días de*

¹³⁹ Cfr. SALABERREN Roberto A., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires: la ejecución de sentencias*, Publicado en: JAJA 2000-III-1177; Cita Online: 0003/007712, p. 1.

¹⁴⁰ Cfr. BOTASSI Carlos, *Ejecución de sentencias contra el Estado. En el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Publicado en: LA LEY2000-E, 1116, Cita Online: AR/DOC/3832/2001, p. 5.

notificadas. Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales”¹⁴¹.

En la provincia de Buenos Aires, además de la disposición constitucional, existe el Código Contencioso Administrativo, el cual siguiendo los lineamientos de su antecedente “El Código Varela”¹⁴², prevé un mecanismo procesal tendiente a asegurar la satisfacción del vencedor cuando se trata de sentencias de condena que hacen lugar a la pretensión deducida y no es voluntariamente cumplida por el vencido, es decir por el Estado¹⁴³.

En primer lugar, el CCA dedica los arts. 49 a 51 a la sentencia, estableciendo que en el proceso ordinario ésta deberá dictarse dentro del plazo de sesenta días desde que la providencia de autos quede firme, debiendo observar en lo pertinente los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil y Comercial¹⁴⁴.

En cuanto a su contenido, el CCA señala que la sentencia que haga lugar a la pretensión podrá decidir -entre otras cuestiones- el resarcimiento de los daños y perjuicios reclamados, fijando a tal efecto la cuantía de la indemnización o, cuando por las características del caso ello no fuere posible, establecerá las bases para la liquidación del monto indemnizable, cuya definitiva determinación quedará diferida a la etapa de ejecución de sentencia¹⁴⁵.

En lo que a refiere a la ejecución de sentencias, el CCA distingue entre las sentencias de condena dictadas contra órganos y entes estatales (arts. 63 a 65) de aquellas dictadas contra particulares o entes públicos no estatales (art. 66).

De esta manera, en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias contra entes estatales cabe analizar en detalle el art. 63 del CCA.

¹⁴¹ Recuérdese que por el art. 166 de la Constitución provincial, la competencia originaria y exclusiva de la CSJN para decidir en las causas contencioso administrativas ha sido modificada, estableciendo que en los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, es decir por tribunales de primera instancia, Cámaras de Apelaciones o tribunales de instancia única (Cfr. SALABERREN Roberto A., Op. Cit., p. 1).

¹⁴² La Ley 2961, o mejor conocido como el Código Varela luego derogado por el actual Código Contencioso Administrativo, Ley 12008, regulaba el procedimiento de ejecución de sentencias entre los arts. 78 a 92.

¹⁴³ Cfr. SALABERREN Roberto A., Op. Cit., p. 2.

¹⁴⁴ Cfr. VILLAFANE Homero Miguel, *Ejecución de sentencias contra el Estado (con particular referencia al proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires)*, Publicado en: LLBA2012 (febrero), 1, Cita Online: AR/DOC/601/2012, p. 14.

¹⁴⁵ Art. 50 inc. 6° de la Ley 12.008 de Buenos Aires.

En primer lugar, la norma establece que lo primero para poder ejecutar una sentencia es que la misma esté firme, es decir consentida, ejecutoriada y notificada por el juez competente dentro de los 5 días. Asimismo, habilita al juez a establecer un plazo para el cumplimiento de la sentencia, pero establece que en caso de que éste no hubiere sido fijado, deberá estarse al previsto en el art. 163 de la Constitución local (sesenta días). Pasado el plazo previsto o transcurridos sesenta días, la parte podría pedir su ejecución.

En este aspecto, cabe destacar que si el juez hubiese fijado un plazo de cumplimiento distinto, podrían generarse dos interpretaciones: i) que corresponde aguardar el vencimiento de éste más el de los 60 días previstos en la norma constitucional, previo a requerir el cumplimiento directo de la sentencia o ii) que dicho plazo debe considerarse incluido en el de 60 días previsto en el artículo 163 de la Constitución. Coincidimos con Villafañe en que esta última parece ser la más adecuada al texto constitucional¹⁴⁶.

Luego, debemos analizar las distintas hipótesis de cómo puede actuar el Estado frente a la intimación de cumplimiento de la sentencia, esto es: 1) cumplir con la condena; 2) poner de manifiesto la imposibilidad o la grave afectación del interés público que se derivaría de su cumplimiento; y 3) no cumplir¹⁴⁷.

La primera hipótesis supone el cumplimiento voluntario de la sentencia por el Estado provincial, por lo que resulta innecesario el procedimiento de ejecución. Respecto de la segunda hipótesis, entra en juego lo dispuesto por art. 65 del CCA, en cuanto contempla la posibilidad de suspender la ejecución cuando graves razones de interés público así lo requiriera, cuyo pedido debe hacerse ante el juez dentro de los veinte días después de notificada. En tal petición, el Estado deberá asumir el compromiso de reparar los daños y perjuicios que pudiere causar la suspensión. Del pedido de suspensión debe correrse traslado por cinco días a la contraparte, asegurándose el debido proceso. Si ésta se opusiere y ofreciere prueba, el juez abrirá el incidente a prueba por el plazo de diez días. Finalmente, el juez dictará resolución dentro de los diez días de encontrarse los autos en estado de resolverse. Si resolviere la suspensión de la ejecución, fijará el plazo correspondiente a su cumplimiento, así como el monto de la indemnización de los daños

¹⁴⁶ Cfr., VILLAFANE Homero Miguel, Op. Cit., p. 15.

¹⁴⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 15.

ocasionados. Si el juez rechazara el pedido de suspensión, continuará el procedimiento regular de ejecución de la sentencia¹⁴⁸.

Por último, cabe destacar que el art. 63 del CCA responsabiliza a los funcionarios involucrados en caso de incumplimiento a la responsabilidad establecida por el art. 163 de la Constitución local y establece que la misma será solidaria con la del ente u órgano.

Al igual que a nivel nacional y por influencia de la Ley 23.982, y dado que en su art. 19 contempló la posibilidad de que las provincias se adhieran al régimen pudiendo consolidar sus créditos, la provincia Buenos Aires dictó las leyes 11.192, similar a la regulación nacional, y la ley 11.756 para las obligaciones municipales¹⁴⁹.

De las leyes mencionadas, se desprende que toda obligación que imponga el pago de una suma de dinero, por causa o título anterior al 1 de abril de 1991 se considerará consolidada, y queda sometidas al esquema de cancelación de dudas que impone la ley, aclarando también que las sentencias judiciales firmes tienen carácter declarativo¹⁵⁰.

En este contexto, cabe destacar la posición de la Suprema Corte de Justicia de la provincia que ha sostenido reiteradamente que las sentencias que dicta se rigen por lo normado en el art. 163 de la Constitución Provincial, que alude a la potestad de aquél y de tribunales inferiores de ejecutar sus fallos¹⁵¹. Postura que sostuvo aun cuando, por ejemplo, en la causa "A.D.A. S.R.L. v. Provincia de Bs. As."¹⁵², la CSJN admitió el recurso extraordinario interpuesto y revocó la sentencia¹⁵³. Allí la SCBA, en oportunidad de expedirse en razón de la remisión efectuada por la CSJN, afirmó que la sentencia que quedó firme se encuentra alcanzada por los efectos que gobiernan la cosa juzgada, de manera que no resulta conducente alterar el procedimiento de liquidación que desplaza a la ley 11192¹⁵⁴.

3.4. Procesos colectivos.

¹⁴⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 15.

¹⁴⁹ Cfr. SALABERREN Roberto A., Op. Cit., p. 7.

¹⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 7.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 7.

¹⁵² B-50397.

¹⁵³ Cfr. SALABERREN Roberto A., Op. Cit., p. 7.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 8.

Al ser consultados por 20 personas más a quienes se les implantaron las prótesis defectuosas -al igual que al Sr. Gómez- y, que por aquella razón, sufrieron daños en su salud, estudiaremos la posibilidad de iniciar una acción colectiva.

Para ello, en primer lugar debemos determinar de qué tipo de derecho se trata, es decir si estamos ante un derecho individual o un derecho de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, de manera tal que sólo en éste último caso podremos iniciar la acción colectiva.

A su vez, el derecho involucrado no es el único requisito para la procedencia de este tipo de acciones. Por tanto, debemos analizar cuáles son ellos y si efectivamente se dan en nuestro caso, haciendo énfasis en la legitimación necesaria para interponer la acción, luego de la reforma constitucional de 1994.

Por último, estudiaremos los efectos de una posible sentencia colectiva.

3.4.1. Acción o amparo colectivo. Análisis del art. 43 de la CN y la jurisprudencia en "Halabi".

La reforma de 1994 incorporó al texto constitucional la acción de amparo en el art. 43, no sólo para la protección de los derechos individuales (primer párrafo), sino y lo más novedoso de todo, para la protección de los derechos de incidencia colectiva (segundo párrafo), en cuyo caso amplió la legitimación no sólo al afectado, sino también al Defensor del pueblo y a las asociaciones que tengan como fin en su objeto social la protección de aquellos derechos de incidencia colectiva¹⁵⁵.

Cabe destacar que la vía del amparo colectivo, es más amplia que la vía procesal sumarísima del amparo tradicional. Esto significa que, si bien el amparo colectivo abarca al individual, no impone el ejercicio de una vía sumarísima sino que incluye en esta garantía

¹⁵⁵ Cabe destacar que si bien el art. 43 de la CN incorporó al ordenamiento jurídico una acción para proteger los derechos de incidencia colectiva, ésta ya había sido admitida con anterioridad en algunos pronunciamientos judiciales, en los que se cuestionaban actos administrativos vinculados con el medio ambiente ("Kattan") o con valores históricos, culturales, científicos, arquitectónicos y paisajísticos de la Ciudad de Buenos Aires ("Cartaña"), o religiosos de la comunidad ("Ekmekdjian"), entre otros muchos. (Cfr. CONVERSESET Martín, *¿Serían procedentes las acciones de clase en nuestro país?*, Publicado en: DJ2005-3, 987, Cita Online: AR/DOC/3487/2005, p. 1).

procesal otras formas que puedan ser las más adecuadas para la plena vigencia de los derechos¹⁵⁶. Este criterio fue incorporado por la CSJN en AGUEERA¹⁵⁷ y “PADEC”¹⁵⁸. Allí, consideró que el hecho de haberse iniciado el proceso por una vía ordinaria, no constituía un obstáculo para considerarlo un proceso colectivo¹⁵⁹.

No obstante su regulación constitucional, aun cuando la norma del art. 43 sea operativa y no requiera de regulación posterior para su efectividad, no se puede desconocer que al día de hoy existe un gran vacío legal y una omisión por parte del Congreso de sancionar una ley que contemple la regulación de las acciones colectivas, sus requisitos y su trámite. Es por ello, que debemos atenernos a lo resuelto por la CSJN en el fallo “Halabi”¹⁶⁰, y luego replicado en una serie de fallos dictados con posterioridad¹⁶¹, en la medida en que allí se establecieron los requisitos mínimos que los jueces deben corroborar a fin de admitir o no la acción colectiva.

El caso se originó por la acción de amparo interpuesta por Ernesto Halabi, reclamando la inconstitucionalidad de la Ley N° 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la CN, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara "en qué casos y con qué justificativos", violando así sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que implicaba un menoscabo al privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostentaba en las comunicaciones con sus clientes.

¹⁵⁶ Cfr., SOLA Juan Vicente, *Las acciones de clase en el derecho argentino*, Publicado en: LA LEY 12/05/2014, LA LEY2014-C, 735 - LLP 2014 (agosto), Cita Online: AR/DOC/1348/2014, p. 1.

¹⁵⁷ CSJN, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, 22/04/97.

¹⁵⁸ Fallos 336:1236

¹⁵⁹ Fallos 336:1236, considerando 14.

¹⁶⁰ Fallos 332:111.

¹⁶¹ CSJN, “PADEC c/ Swiss Medical S.A”, 21/08/2013, Fallos 336:1236; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04”, 01/10/2014, Fallos 336:1612; “Unión de Usuarios y Consumidores el Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”, 06/03/2014, Fallos 337:196; “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.”, 24/06/2014, Fallos 337:762; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A., 24/06/2014, Fallos 337:753; “Consumidores Financieros Asociación civil p/ su defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. S.A., 27/11/2014, C. 161. XLIX. REX, “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur cl Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A.”, 10/02/2015, Fallos 338:40, entre otros.

La CSJN analizó el caso desde los siguientes parámetros: 1) la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, 2) quiénes son los sujetos habilitados para articularla, 3) bajo qué condiciones puede resultar admisible y 4) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte¹⁶².

En este lineamiento, la CSJN dispuso que para determinar la legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, haciendo hincapié en la necesidad de la existencia de un "caso" a fin de habilitar la intervención del Poder Judicial, sin perjuicio de señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos¹⁶³. Sobre la relación entre legitimación y caso judicial nos expediremos con mayor profundidad más adelante.

Así, distinguió los diversos sujetos legitimados de acuerdo al tipo de derechos que se busca proteger. Estableció que los derechos sobre bienes jurídicos individuales, a los que se refiere el primer párrafo del art. 43 son ejercidos por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable y está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados¹⁶⁴.

Luego la CSJN distingue, dentro de los derechos de incidencia colectiva, aquellos que recaen sobre bienes colectivos de aquellos que recaen sobre intereses individuales homogéneos.

Respecto de los primeros, manifiesta que la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, es decir que pertenezca a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón, sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. De esta manera, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho, pero

¹⁶² Cfr. *Fallos* 332:111, considerando 8°.

¹⁶³ Cfr. *Fallos* 332:111, considerando 9°.

¹⁶⁴ Cfr. *Fallos* 332:111, considerando 10.

no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación, esto es, el Defensor del Pueblo, las asociaciones y los afectados¹⁶⁵.

Por último, existe una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, en que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. En este supuesto, la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño¹⁶⁶.

Luego de destacar la mora del legislador de dictar una ley que regule las acciones de clase, la CSJN establece los requisitos mínimos para que las mismas sean procedentes: 1) la verificación de una causa fáctica común, es decir hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, 2) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y no en lo que cada individuo puede petitionar, y 3) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado¹⁶⁷.

Por su parte, la CSJN mediante la Acordada 32/14 del 1/10/2014, creó un registro público de procesos colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación, con el objeto de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas y evitar la existencia de sentencias contradictorias, o de decisiones de un tribunal que interfieren en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial, y el procedimiento para la efectiva inscripción. La necesidad de creación de un Registro sobre los procesos colectivos en proceso o ya finalizados surgió como consecuencia del fallo “Municipalidad de Berazategui”¹⁶⁸, que en el marco de una medida cautelar aplicó los criterios de Halabi para darle carácter colectivo, haciendo hincapié en la necesidad de evitar sentencias

¹⁶⁵ Cfr. *Fallos* 332:111, considerando 11.

¹⁶⁶ Cfr. *Fallos* 332:111, considerando 12.

¹⁶⁷ Cfr. *Fallos* 332:111, considerando 13.

¹⁶⁸ *Fallos* 337:1024.

contradictorias, frente al incremento de causas colectivas con similares objetos que provenían de diferentes tribunales del país¹⁶⁹.

Posteriormente, mediante la Acordada 12/16 la CSJN aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, con vigencia hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule estos procesos, y dispuso que las causas que se inicien partir del primer día hábil del mes de octubre de 2016, en los supuestos comprendidos en la acordada 32/2014, los tribunales y las partes deberán adecuar su actuación al procedimiento previsto en esta reglamentación¹⁷⁰.

3.4.2. Aplicación y análisis de la procedencia de una acción colectiva en nuestro caso.

En lo que respecta a nuestro caso, al igual que lo hizo la CSJN en “Halabi” y partiendo de las premisas señaladas, debemos analizar si estamos ante un supuesto en el que podría interponerse una acción colectiva. Específicamente, verificaremos: 1) si estamos ante un derecho de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, 2) si los daños producidos a cada uno de los afectados fue producto de una causa fáctica común y homogénea y la afectación recae sobre todos por igual, y 3) si el interés considerado aisladamente no justifica la interposición de demandas particulares.

Si bien respecto del Sr. Gómez interpondríamos dos acciones, una contra el Estado provincial y el médico, y otra contra la ANMAT por su falta de control y supervisión, lo cierto es que analizando la cuestión colectivamente sólo podríamos pensar en una acción colectiva respecto de la ANMAT. Ello por cuanto, recordemos que la falta de servicio

¹⁶⁹ *Ibidem*, considerando 6°: “Es que, como señaló este Tribunal en el precedente “Halabi” (Fallos: 332: 111) la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico”.

¹⁷⁰ La Acordada establece el procedimiento a seguir en los casos de procesos colectivos. En líneas generales establece: 1) el contenido de la demanda, 2) consulta al Registro respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, 3) en caso de que exista un juicio en trámite, registrado con anterioridad que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, la remisión al juez que previno, 4) resolución de inscripción del proceso como colectivo, la que es impugnabile, y por último 5) la registración.

imputada al hospital y al médico, es el hecho de haberle dado de alta al Sr. Gómez cuando aún se encontraba débil, lo que provocó una baja en sus defensas y luego la muerte, pero no podríamos concluir que ha ocurrido lo mismo en todos los casos de los 20 afectados más.

En el caso, entiendo que el derecho protegido es la salud y la seguridad social. Recordemos que la ANMAT es el organismo descentralizado encargado del control y la fiscalización de la calidad y sanidad de los productos, sustancias, elementos y materiales que se consumen o utilizan en la medicina, alimentación y cosmética humanas, y del contralor de las actividades, procesos y tecnologías que medieren o estuvieren comprendidos en dichas materias¹⁷¹.

De esta manera, corresponde determinar qué tipo de derecho es el derecho a la salud. Si bien es claro que no estamos ante un bien colectivo, por cuanto no es indivisible, sí podrían presentarse intereses individuales homogéneos y una causa fáctica común que nos habilitara a interponer una acción colectiva. La CSJN ha reconocido casos en los que, estando involucrados temas vinculados a la salud, específicamente por su vinculación con el derecho a la vida, el alcance de éste como de incidencia colectiva¹⁷².

En este sentido, si bien considero que no existe óbice para considerarlo un derecho de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos en abstracto, no puede hacerse lo propio en nuestro caso en la medida en que no se dan el resto de los requisitos para tener por configurada una acción colectiva.

Coincidimos con Sola en cuanto a que el problema de los derechos de incidencia colectiva es esencialmente práctico. En este sentido, aun cuando se trate de una gran cantidad de personas cada una de las cuales sufre un perjuicio, éste debe ser tan reducido frente a los costos procesales, que no justifique la acción individual. Asimismo, la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar, de manera tal que la existencia de causa no se relaciona con lo que cada

¹⁷¹ Cfr. art. 1 del Decreto 1490/92.

¹⁷² Por ejemplo, “Portal de Belén” del 05/03/2002 en *Fallos* 325:292, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” del 18/12/2003 en *Fallos* 326:4931, “Asociación civil para la defensa en el ámbito Federal e Internacional de derechos c/ INSSJP” del 10/02/2015 en *Fallos* 338:29, entre otros.

sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho¹⁷³.

Aplicando esto último a nuestro caso, entendemos que no se dan los requisitos propios de las acciones colectivas. Como cuestión preliminar, cabe tener en cuenta que una acción de este tipo si bien se fundamentaría en la omisión de la ANMAT a su deber de control y supervisión, ello derivaría necesariamente en una pretensión resarcitoria, en tanto no podría interponerse una acción cuyo objeto sea la mera legalidad, en tanto no habría un caso judicial que habilitara la intervención del Poder Judicial (conforme art. 116 CN). La CSJN siempre remarcó y, luego lo ratificó en “Halabi”, la necesidad de que en cualquier supuesto se compruebe la existencia de un "caso", ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición¹⁷⁴.

En el caso, existe un hecho fáctico común y homogéneo, esto es la expedición o distribución de la serie 7777 de prótesis defectuosas. Sin embargo, el punto central está en el daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera, esto significa que no se afectaría a todos por igual. De esta manera, las pretensiones estarían concentradas en lo que cada individuo haya sufrido, y no podría unificarse en una única acción, dado que en cada caso el daño y su magnitud podría ser distinto, y mismo al ejercerse la acción cada una estaría abocada al resarcimiento concreto que les correspondía a cada uno.

Asimismo, consideramos que tratándose de daños como el del Sr. Gómez que implicó la muerte de una persona, no se justificaría la configuración del tercer requisito, esto es que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda. Recuérdese que en los casos en los que la CSJN u otros tribunales inferiores aceptaron acciones colectivas referidas al derecho a la salud, se trataban de supuestos en los que, si bien existían daños, su magnitud no era tal para justificar una acción judicial, y los costos eran mayores a los beneficios obtenidos. No creemos que en el caso pueda verse afectado el acceso a la justicia de los afectados, en tanto los montos involucrados considerados en forma particular, justificarían reclamos individuales¹⁷⁵.

¹⁷³ Cfr. SOLA Juan Vicente, Op. Cit., p. 6.

¹⁷⁴ Cfr. Fallos 332:111, considerando 9º.

¹⁷⁵ Un buen ejemplo para entender este último requisito, es lo sucedido en el caso PADEC, dado que se cuestionaba una cláusula del contrato tipo que vincula a la empresa con sus afiliados en cuanto admitía la

Finalmente, creemos importante destacar que en casos que llegaron a la CSJN como “PADEC”, “Consumidores financieros c/ La meridional” (2014), “Consumidores financieros c/ Banco Itaú” (2014), “Consumidores financieros c/ Prudencia Cía” (2014) “Asociación protección de consumidores del MERCOSUR” (2015), “Unión de usuarios y consumidores c/ Telefónica” (2014), “Unión de usuarios y consumidores c/ EN” (2013), entre otros, se trataban de cuestiones estrictamente patrimoniales. Sin embargo, en nuestro caso, donde se involucran cuestiones vinculadas con daños en la salud, y en el caso del Sr. Gómez en el derecho a la vida, no podría unificarse las pretensiones e interponerse una acción colectiva.

3.4.3. Legitimación

Como ya adelantamos, en los casos de derechos de incidencia colectiva -ya sea en relación a bienes colectivos como a bienes colectivos sobre intereses individuales homogéneos-, el art. 43 de la CN amplió la legitimación procesal no sólo para el afectado, sino también a las asociaciones que tuvieran en su objeto social la protección de aquellos derechos de incidencia colectiva y al Defensor de Pueblo. En el caso, cabe preguntarnos si ambos sujetos estarían legitimados para interponer una acción.

Cuando analizamos, la legitimación inescindiblemente debemos relacionarla con la existencia de un caso o causa judicial, en los términos del art. 116 de la CN. Esto evidencia, que aun cuando la reforma constitucional amplió los sujetos legitimados, no hubo cambios en razón de la necesidad de la existencia de un caso judicial y que, en consecuencia, al momento de reconocer legitimación procesal a sujetos distintos al afectado, debe darse en el marco de un caso y viceversa. Es decir, sin causa, caso o controversia no hay legitimación posible de ninguna índole porque no hay derechos en juego o habiéndolos no

modificación unilateralmente de las cuotas mensuales por esta última. Según surge del fallo entre los años 2002 y 2004 se había producido tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparecía justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Sin embargo, se admitió la misma a fin de que no se generara una vulneración del acceso a la justicia (cfr. *Fallos* 336:1236, considerando 11).

hay violación a los mismos. Es decir, para que haya causa judicial debe haber derechos invocados por sus titulares y agravios concretos, directos e inmediatos¹⁷⁶.

En este sentido, la CSJN ha condicionado la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones a: 1) La existencia de una causa o controversia judicial concreta y 2) la presencia de un acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace un derecho de incidencia colectiva¹⁷⁷.

Respecto del primer presupuesto, la CSJN en diversos precedentes¹⁷⁸ remarcó la necesaria vinculación entre la legitimación procesal de quien ejerce la acción y la intervención del Poder Judicial, en tanto si bien la CN habilita a ejercer la acción a sujetos distintos de los afectados, no se puede prescindir y los jueces deben analizar necesariamente que exista un agravio diferenciado, particularizado y concreto¹⁷⁹.

Asimismo, tampoco puede prescindirse de la necesidad de que se trate de derechos de incidencia colectiva, y como ya fue analizado, de los requisitos propios de las acciones colectivas.

En otras palabras, podríamos afirmar que si bien la CN admite legitimación procesal de sujetos distintos al afectado -esto es de las asociaciones y del Defensor del Pueblo- ella debe acreditarse en el marco de un caso o controversia judicial en defensa de derechos de incidencia colectiva¹⁸⁰.

¹⁷⁶ GIL DOMINGUEZ Andrés, *Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada*, Publicado en: LA LEY 06/06/2014, 06/06/2014, 6 - LA LEY2014-C, 399, Cita Online: AR/DOC/1341/2014, p. 1.

¹⁷⁷ RIVERA Julio César (h.) y RIVERA Julio César, *La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional*, Publicado en: LA LEY 07/03/2005, 07/03/2005, 1 - LA LEY2005-B, 1053, Cita Online: AR/DOC/312/2005, p. 1.

¹⁷⁸ La CSJN ha rechazado diversas acciones de amparo interpuestas por el Defensor del Pueblo y las asociaciones con el argumentos de que no existía causa o controversia judicial concreta: CSJN, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 17/12/1997, LL 1997-F-884, CSJN, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, LL 1998- C-602, CSJN, “Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 07/05/1998, LL 1998-C574, CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 21/12/2000, Fallos: 323:4098, CSJN, “Mondino, Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación)”, 23/09/2003, LL-2003-F-343.

¹⁷⁹ Por ejemplo, considerandos 9 de CSJN, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, LL 1998- C-602 y 4 de CSJN, “Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 07/05/1998, LL 1998-C574.

¹⁸⁰ Cfr. SILVA Fernanda, *El reconocimiento del Defensor del Pueblo como legitimado colectivo*, Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2011 (febrero), 26/01/2011, 5, Cita Online: AR/DOC/7222/2010, y MAIORANO Jorge L., *Corte Suprema de Justicia de la Nación vs. Defensor del Pueblo: otra muestra de incomprensión*, Publicado en: LA LEY2004-A, 312, Cita Online: AR/DOC/11509/2003.

En el caso de las asociaciones, a fin de poseer legitimación activa, debería contener en su objeto social la protección de los derechos de incidencia colectiva involucrados en el caso. Cabe destacar que, en los casos de bienes colectivos e indivisibles (por ej. el medio ambiente), no habría mayor inconveniente para reconocer legitimación en tanto los daños propios derivados de su afectación, siempre afectan a la comunidad en su conjunto. En el caso de los bienes divisibles, si bien las asociaciones tienen legitimación para obrar en defensa y representación de sus asociados, hay que ser muy cuidadosos y prudentes a la hora de reconocer legitimación, debiendo concurrir también los demás requisitos de las acciones colectivas.

Es así, que para nuestro supuesto concreto, creemos que aun cuando existiera una asociación que en defensa de la salud quisiera interponer esta acción, ello no sería posible en tanto, no se dan en el caso todos los requisitos necesarios para el ejercicio de las acciones colectivas.

Por su parte, si bien para la legitimación activa del Defensor del Pueblo, entendemos que ocurre lo mismo, cabe hacer algunas aclaraciones. El art. 86 de la CN dispone que el Defensor del Pueblo es un órgano independiente que actuará con plena autonomía funcional, cuya misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas; y para ello tiene legitimación procesal.

Asimismo, el art. 14 de la Ley 24.284 establece que el Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la Administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Por su parte, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el art. 55 de la Constitución provincial, establece que el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Asimismo, el art. 12 actualizado de la Ley N° 13834 de la provincia, dispone que “[e]l Defensor del Pueblo desempeñará sus

funciones con plena autonomía funcional, política y autarquía financiera, encontrándose legitimado activamente para promover acciones administrativas y judiciales para el cumplimiento de su cometido”.

De las normas transcriptas, no caben dudas de que el Defensor del Pueblo tiene legitimación para actuar en defensa de los derechos humanos frente a actos u omisiones de la Administración. Ahora bien, de las normas surge *-a priori-* que el Ombudsman tendría legitimación para la defensa de “derechos individuales o colectivos” (cfr. art. 55 de la Constitución de la provincia) y contra actos u omisiones de la Administración que impliquen el ejercicio abusivo, inconveniente de sus funciones, “incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos” (cfr. art. 14 de la ley 24.284).

De esta manera, podría interpretarse que aun cuando se tratara de derechos individuales, el Defensor del Pueblo estaría legitimado para ejercer una acción en defensa del sujeto afectado. Sin embargo, considero que esta conclusión atenta contra la Constitución interpretada de forma armónica. Los arts. 86 de la CN y 55 de la Constitución local, necesariamente deben ser interpretados en conjunto con los arts. 43 y 116 de la CN.

Ello por cuanto, la regla general es que el único legitimado para acudir al Poder Judicial en defensa de derechos individuales es el afectado, y aun cuando la CN reconoce legitimación anómala o extraordinaria al Defensor del Pueblo, ello depende de que se defiendan derechos de incidencia colectiva¹⁸¹. Recordemos las palabras de Jorge Luis Maiorano, primer Defensor del Pueblo entre 1994 y 1999, en cuanto a que *“estamos ante un verdadero abogado de la sociedad; de un órgano extrapoder que actúa por la sociedad cuando sus derechos son vulnerados. Y son los derechos de incidencia colectiva, no los individuales, los que motivan su actuación; no es abogado de "parte" sino abogado de la sociedad [...]”*¹⁸².

En igual sentido, la CSJN en el fallo “Defensor del Pueblo de la Nación” del 26/06/2007, determinó que *“[...] queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo contemplada en el art. 43, segundo párrafo, de la Carta Magna la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela*

¹⁸¹ Cfr. SILVA Fernanda, Op. Cit., p. 5.

¹⁸² MAIORANO Jorge L., Op. Cit., p. 4.

*corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados. En estos casos será cada individuo, titular del derecho lesionado quien podrá demandar su reparación. La reforma de 1994 de ningún modo ha querido conferir la legitimación al Defensor del Pueblo para reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales”*¹⁸³.

Así las cosas, cabe concluir que ni una asociación ni el Defensor del Pueblo, y aun cuando existiera un hecho fáctico común, estarían procesalmente legitimados dado que no se cumplen con los demás requisitos de las acciones colectivas (la acción no está abocada a los efectos comunes de todos los afectados ni tampoco se ve perturbado el acceso a la justicia en cuanto las acciones individuales estarían claramente justificadas).

A mayor abundamiento de la cuestión, y como ocurre en nuestro caso, existen conductas reprochables tanto al Estado Nacional como al Estado provincial. Por ende, cabe preguntarnos si -en caso de que estuvieran legitimados- podría un Defensor del Pueblo iniciar una acción en un fuero distinto al de su jurisdicción.

Del art. 14 de la Ley N° 24.284 surge que el Defensor del Pueblo actúa en el ámbito de la Administración Pública Nacional y sus agentes. Sin embargo, del art. 12 de la ley 13.834 de la provincia, simplemente se menciona a la Administración Pública en general, y el art. 14 menciona dentro de sus atribuciones la de promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el federal. De esta manera, ¿Podría el Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires ejercer la acción contra la ANMAT en el fuero federal, o viceversa?

Al respecto, del criterio de la CSJN parece surgir que el Defensor del Pueblo de una provincia, carece de legitimación para promover acciones judiciales contra otra provincia o el Estado Nacional¹⁸⁴.

Sin embargo, entendemos que la situación cambia cuando es el Defensor del Pueblo de la Nación el que -frente a violaciones a derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional o en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional,

¹⁸³ Fallos 330:2800, considerando 11°.

¹⁸⁴ Ver CSJN Fallos 326:663 considerando 3°, 329:4542 considerando 8°, y recientemente ratificado en “Defensor del Pueblo y otro c. Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Transporte de la Nación y otro - ley 16.986 del 27/11/2018. (Cfr. SALGAN RUIZ Leandro G., *La legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Límites constitucionales del control judicial para los actos de las autoridades públicas en el marco del federalismo argentino*, Publicado en: RDA 2019-122, 26/04/2019, 214, Cita Online: AR/DOC/1377/2019).

cometidas por autoridades locales- puede intervenir a fin de proteger la supremacía de la CN, en tanto no resultaría lógico que en casos de violación a derechos constitucionales, el Defensor del Pueblo deba inhibirse de actuar¹⁸⁵.

3.3.4. Efectos de la sentencia

Finalmente, es importante analizar cuáles serían los efectos que tendrían las sentencias. La regla general en nuestro sistema republicano de gobierno (art. 1° CN), cuyo pilar es el principio de división de poderes, es que el Poder Judicial sólo interviene cuando exista una causa o controversia judicial, y correlativamente, los efectos de sus sentencias sólo se extienden a quienes intervienen en el caso, es decir la regla general es que los efectos son *inter partes*.

Sin embargo, como toda regla tiene excepciones. La excepción a los efectos particulares se da en los procesos colectivos. Allí, existiendo una homogeneidad fáctica y normativa aplicable al caso, resulta razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, siempre y cuando el juez haga lugar a la pretensión¹⁸⁶. Esto significa que la sentencia recaída en un proceso colectivo haría cosa juzgada para todos aquellos que forman parte de la clase, con exclusión de aquellos que se hubieran excluidos expresamente mediante lo que se conoce como 'opt out'¹⁸⁷.

Sin embargo, lo expuesto no resulta aplicable en nuestro caso, en la medida en que podría darse un supuesto de acción colectiva y, en consecuencia, tampoco podríamos pensar en efectos *erga omnes*, sino que los efectos serán sólo para el caso concreto y para las partes intervinientes.

3.5. Conclusiones preliminares del Capítulo II.

¹⁸⁵ Cfr. SILVA Fernanda, Op. Cit., p. 2.

¹⁸⁶ BOSCH FRAGUEIRO Fernando A., *Las acciones de clase y la cosa juzgada*, Publicado en: LA LEY 30/10/2009, 30/10/2009, 1 - LA LEY2009-F, 1041, Cita Online: AR/DOC/3649/2009.

¹⁸⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 3.

- 1) En el caso se encuentran configurados los requisitos sustanciales de acción indemnizatoria, esto es la configuración en el caso de los requisitos del art. 3° de la LRE para responsabilizar al Estado por su actividad ilícita.
- 2) No debe agotarse la vía administrativa para demandar al Estado Nacional, en tanto la acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual constituye una de las excepciones al reclamo administrativo previo por disposición del art. 32 de la Ley 19.549.
- 3) No debe agotarse la vía administrativa para demandar al Estado provincial, en tanto la Constitución provincial prevé como principio general el de la demandabilidad directa dispuesto en los arts. 15 y 166. Asimismo, constituye un ritualismo inútil, supuesto contemplado en el art. 14 inc. b) del Código Contencioso Administrativo de Buenos Aires.
- 4) Por la doctrina de la CSJN de la acumulación subjetiva de pretensiones, debe interponerse separadamente las acciones en relación a cada demandado.
- 5) La acción contra la ANMAT debe interponerse ante el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativa Federal.
- 6) La acción contra el Estado provincial y contra el médico debe interponerse ante los tribunales locales de la provincia en lo Contencioso Administrativo.
- 7) El cómputo del plazo de prescripción en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado es de 3 años y comienza a correr desde el hecho generador del daño.
- 8) Si bien en el caso podría haber un derecho de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, no cumplen los demás requisitos esenciales de las acciones colectivas, esto es que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y que la acción individual no esté justificada.
- 9) Desde una interpretación armónica de la CN, aun cuando la reforma constitucional amplió la legitimación a sujetos distintos a los afectados, la legitimación de las asociaciones y del Defensor del Pueblo está condicionada a la configuración de un caso, causa o controversia judicial y en tanto se defienda la protección de derechos de incidencia colectiva.

10) En tanto no se dan los requisitos de las acciones colectivas, no están legitimados para ejercer la acción ni las asociaciones ni el Defensor del Pueblo.

11) Los efectos de la sentencia son *inter partes*.

4. Conclusiones

Como corolario de los puntos expuestos a lo largo del presente trabajo, concluimos que el Estado, tanto de la provincia de Buenos Aires como el Estado Nacional por la actuación de la ANMAT en su condición de ente descentralizado, son responsables por la muerte del Sr. Gómez y como tal, deben indemnizar a mi clienta María Angélica Gómez.

Para así concluir, y ante la ausencia de normativa local de la provincia de Buenos Aires, aplicamos analógicamente la Ley Nacional N° 26.944 con fundamento en la doctrina de la Cámara de Apelaciones de San Martín en la causa “César Carla c/ Municipalidad de Morón” y del Juzgado N° 3 CAyT de la CABA en “Gómez de Vandecaveye”. De esta manera, luego de analizados los requisitos del art. 3° de la LRE para los supuestos de responsabilidad por actividad ilícita, y subsumidos a los hechos específicos de nuestro caso, concluimos que se cumplen las condiciones necesarias para responsabilizar a ambos demandados.

En el caso del Estado provincial, resulta responsable por la actuación del médico interviniente -como agente del Hospital público- que dio de alta al Sr. Gómez cuando aún se encontraba débil, lo que también acarrea la responsabilidad de forma particular del mismo en los términos del art. 9 LRE, siempre que se pruebe que obró con dolo o culpa. En lo que respecta a la ANMAT, es responsable directo por su falta de control y supervisión de la prótesis implantada al Sr. Gómez, y por ser un ente autárquico, el Estado nacional es responsable indirecto y subsidiario.

De esta manera, mi clienta María Angélica Gómez tiene derecho a una indemnización, la cual debe ser integral e incluir el daño moral, por la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sin embargo, continuando con el análisis del caso, de nada serviría reconocer a la Srta. Gómez su derecho a una indemnización si no contara con los medios procesales necesarios para hacer efectivo ese derecho. Por ello, analizamos los requisitos de la acción indemnizatoria y llegamos a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, se da un supuesto de demandabilidad judicial directa, tanto para demandar al Estado provincial como al Estado Nacional. Respecto del Estado Nacional, el

art. 32 de la Ley 19.549 establece expresamente que en los casos de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual no es necesario interponer reclamo administrativo previo. En el caso del Estado bonaerense, la Constitución provincial prevé expresamente el principio general de la demandabilidad directa en los arts. 15 y 166, el cual está por encima del art. 14 del CCA que dispone lo contrario.

Asimismo, por la doctrina de la imposibilidad de acumulación subjetiva de pretensiones de la CSJN, concluimos que resulta más apropiado interponer dos acciones en razón de cada demandado, es decir, una en los tribunales de primera instancia de la provincia de Buenos Aires -por la actuación del Hospital y del médico-, y otra en la justicia federal -por la actuación de la ANMAT-. Sin perjuicio de que, en ambos casos y en razón de la materia, es fuero competente es el contencioso administrativo.

En este contexto, en caso obtener sentencia favorable en ambas jurisdicciones debemos tener en cuenta el proceso de ejecución de esas sentencias condenatorias, tanto a nivel nacional como en el ámbito de la provincia, dado que el demandado en ambos casos es el Estado. En el caso de la Nación, si bien las sentencias tienen carácter declarativo en virtud del art. 7° de la Ley 3952, el cual se encuentra vigente, de la interpretación de la CSJN en “Pietranera” y recientemente en “Curti”, la prerrogativa del PEN consiste únicamente en la facultad de diferir el pago de las obligaciones, pero de ninguna manera lo habilita a no cumplir con ellas. De esta manera, el Congreso debe incluir esa obligación en la ley de presupuesto del año siguiente al de la sentencia firme, esto es, para el presupuesto de 2020, pudiendo diferirla por única vez, en caso de insuficiencia presupuestaria.

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, la Corte Suprema y a los restantes tribunales tienen –por disposición constitucional en el art. 163- la facultad para mandar a cumplir directamente sus sentencias si el obligado no lo hiciera en el plazo de sesenta días de notificadas.

Habiendo sido consultados también por 20 personas más a quienes se les implantó una de las prótesis de la serie 7777 todas defectuosas, concluimos que no sería posible interponer una acción colectiva. Si bien en el caso podría haber un derecho de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, esto es la salud y la distribución de la serie 7777 de prótesis respectivamente, no se cumplen los demás requisitos esenciales de

las acciones colectivas, esto es que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y que la acción individual no esté justificada.

A la par, en tanto no se dan los requisitos de las acciones colectivas, el único legitimado para interponer la acción es el afectado directo, es decir María Angélica Gómez, no siendo posible que la interpongan asociaciones en defensa de la salud o el Defensor del Pueblo.

Finalmente, y en concordancia con esto último, los efectos de las sentencias son *inter partes*. Esto significa que obteniendo sentencia favorable, ella sólo beneficiaría a María Angélica Gómez.

Bibliografía

Doctrina

1. ÁBALOS María Gabriela, *Responsabilidad del Estado y principios constitucionales*, Publicado en: LA LEY 01/09/2015, 01/09/2015, 1 - LA LEY2015-E, 605, Cita Online: AR/DOC/2234/2015.
2. ABERASTURY Pedro, *La nueva ley de responsabilidad del Estado*, Publicado en: ADLA 2014-25, 18, Cita Online: AR/DOC/2862/2014.
3. ARES Valentina, *Responsabilidad del Estado (Con particular referencia a la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)*, Publicado en: LNBALNBA 2005-2-189; Cita Online: 0003/800034.
4. BALBÍN Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2011.
5. BARRAZA Javier I., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
6. BOSCH FRAGUEIRO Fernando A., *Las acciones de clase y la cosa juzgada*, Publicado en: LA LEY 30/10/2009, 30/10/2009, 1 - LA LEY2009-F, 1041, Cita Online: AR/DOC/3649/2009.
7. BOTASSI Carlos, *Ejecución de sentencias contra el Estado. En el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Publicado en: LA LEY2000-E, 1116, Cita Online: AR/DOC/3832/2001.
8. CALONJE Diego, *La responsabilidad del Estado, el derecho público provincial y el Proyecto de Código Civil*, Publicado en: APBA 2013-6, 01/06/2013, 800, Cita Online: AP/DOC/1039/2013.
9. CANDA Fabián, *La competencia Contencioso-Administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente para su determinación*, en Estudios de Derecho Público/Edgardo Tobías Acuña, Asociación de Docentes –Facultad de Derecho y Ciencias Sociales– UBA, 2013. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/005-edp-3-canda.pdf> (disponible en internet el 06/05/2019).

10. CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 12° edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2018.
11. CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, LexisNexis AbeledoPerrot, Séptima edición, Tomo I.
12. CASSAGNE Juan C., *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Publicado en: LA LEY2000-D, 1219 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007.
13. COMADIRA Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, LexisNexis Abeledo Perrot, 2da. Edición, Buenos Aires, 2004.
14. CONVERSESET Martín, *¿Serían procedentes las acciones de clase en nuestro país?*, Publicado en: DJ2005-3, 987, Cita Online: AR/DOC/3487/2005.
15. CUADROS Oscar Alvaro, *Responsabilidad del Estado*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.
16. CUERVO Luis Horacio, *La relación de causalidad y la previsibilidad contractual en el CCCN*, Revista RyD República y Derecho/ISSN 2525–1937/Volumen II (2017) / Artículos Facultad de Dereccho/Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza – Argentina, <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/88> disponible en internet el 08/07/2019.
17. GALLEGOS FEDRIANI Pablo, “*El cumplimiento forzoso de las sentencias por parte del Estado Nacional*”, p. 216. https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/10gallegosfedriani.pdf, disponible en internet el 2/4/2019.
18. GALLI BASUALDO Martín, *La ejecución de sentencias contra el Estado*, p. 515, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_ejecucion_de_las_sentencias_contra_el_estado.pdf, disponible el 30/06/2019.
19. GARCÍA PULLÉS Fernando, *El contencioso administrativo en la República Argentina*, Garcia Pullés, F. – Tratado de lo Contencioso Administrativo, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

20. GIL DOMINGUEZ Andrés, *Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada*, Publicado en: LA LEY 06/06/2014, 06/06/2014, 6 - LA LEY2014-C, 399, Cita Online: AR/DOC/1341/2014.
21. GIORDANO Sebastián, *Descentralización y responsabilidad del Estado*, Publicado en: LLGran Cuyo2006 (diciembre), 1367, Cita Online: AR/DOC/3138/2006.
22. GUSMAN Alfredo Silverio, *Autarquía y descentralización*, ED 755/773.
23. HERRERA Carlos A., *La responsabilidad personal del funcionario público, conforme la Ley de responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial*, Publicado en: RCCyC 2018 (agosto) , 188 RCyS 2018-X , 25, Cita Online: AR/DOC/579/2018.
24. HUTCHINSON Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Rubinzal-culzoni, Santa Fe, 2009.
25. LÓPEZ Mariano Martín Camilo, *El agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires (con especial énfasis en el fuero contencioso administrativo)*, Publicado en: RDA 2014-93, 05/05/2014, 761, Cita Online: AR/DOC/5129/2014.
26. LOPEZ MESA Marcelo, *El mito de la causalidad adecuada*, Publicado en: LA LEY 28/02/2008, 28/02/2008, 1 - LA LEY2008-B, 861, Cita Online: AR/DOC/353/2008.
27. MARIENHOFF Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995; 5ª ed., t. I.
28. MAIORANO Jorge L., *Corte Suprema de Justicia de la Nación vs. Defensor del Pueblo: otra muestra de incompreensión*, Publicado en: LA LEY2004-A, 312, Cita Online: AR/DOC/11509/2003.
29. MEDINA Graciela y YUBA Gabriela, *Las personas mayores y el derecho a la salud. Reflexiones a partir del caso "Poblete Vilches y otros c. Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Publicado en: LA LEY 10/10/2018, 10/10/2018, Cita Online: AR/DOC/1922/2018.
30. MERTEHIKIAN Eduardo, *Breves anotaciones acerca de la indemnización por "pérdida o frustración de la chance" y de su relación con "el daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,

Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N° 370 pág. 177
Id SAJ: DACF130233, Julio de 2008, http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf130233-mertehikian-breves_annotaciones_acerca_indemnizacion.htm?bsrc=ci, disponible en internet el 08/07/2019.

31. MURATORIO Jorge I., *Centralización, descentralización, concentración, desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)*, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Edit. RAP, p. 226.
32. PALACIOS VALLEJOS Ramiro y VALENZUELA Yanina, *Análisis de la responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires*, Publicado en: RDA 2017-113, 12/10/2017, 817, Cita Online: AP/DOC/766/2017.
33. PEREZ HUALDE Alejandro, "Descentralización administrativa y "descentralización constitucional", Publicado en: SJASJA 13/4/2005; JAJA 2005-II-862; Cita Online: 0003/011192.
34. PERRINO Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos, Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015.
35. PERRINO Pablo E., *La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho argentino*, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_responsabilidad_extracontractual_d_el_estado_por_actividad_ilicita_en_el_Drecho_argentino.pdf, disponible en internet el 06/07/2019.
36. PERRINO Pablo Esteban, *La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos*, El Derecho, Buenos Aires, 31 de marzo de 2015 • ISSN 1666-8987 • N° 13.698 • AÑO LIII • EDA 2015.
37. PERRINO Pablo E., *Lineamientos del régimen de justicia contencioso administrativa de la Provincia de Buenos Aires*, Infojus, p. 221 <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4375>, disponible en internet el 27/06/2019
38. PIZARRO Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Buenos Aires, 2013.

39. RIVERA Julio César (h.) y RIVERA Julio César, *La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional*, Publicado en: LA LEY 07/03/2005, 07/03/2005, 1 - LA LEY2005-B, 1053, Cita Online: AR/DOC/312/2005.
40. SALABERREN Roberto A., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires: la ejecución de sentencias*, Publicado en: JAJA 2000-III-1177; Cita Online: 0003/007712.
41. SALGAN RUIZ Leandro G., *La legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Límites constitucionales del control judicial para los actos de las autoridades públicas en el marco del federalismo argentino*, Publicado en: RDA 2019-122, 26/04/2019, 214, Cita Online: AR/DOC/1377/2019.
42. SAMMARTINO Patricio, *Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho*, Cita Online: AP/DOC/2062/2012.
43. SILVA Fernanda, *El reconocimiento del Defensor del Pueblo como legitimado colectivo*, Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2011 (febrero), 26/01/2011, 5, Cita Online: AR/DOC/7222/2010.
44. SOLA Juan Vicente, *Las acciones de clase en el derecho argentino*, Publicado en: LA LEY 12/05/2014, LA LEY2014-C, 735 - LLP 2014 (agosto), Cita Online: AR/DOC/1348/2014.
45. TAWIL Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1989, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/4858.pdf>, disponible en internet el 09/07/2019.
46. VILLAFANE Homero Miguel, *Ejecución de sentencias contra el Estado (con particular referencia al proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires)*, Publicado en: LLBA2012 (febrero), 1, Cita Online: AR/DOC/601/2012.

47. WEINGARTEN Celia y GHERS Carlos, *El derecho de chance en el Código Civil y Comercial de la Nación*, El Derecho, 22 de febrero de 2016 • ISSN 1666-8987 • N° 13.899 • AÑO LIV • ED 266.

Jurisprudencia

1. CSJN, *Fallos* 169:111, "Tomás Devoto y Cía. c. Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios", 1933.
2. CSJN, *Fallos* 182:5, "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires por Indemnización de daños e intereses", 03/10/1938.
3. CSJN, *Fallos* 306:2030, "Vadell, Jorge Fernando c. Provincia de Buenos Aires s/ indemnización", 18/12/1984.
4. CSJN, *Fallos* 318:1531, "Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario", 15/08/1995.
5. CSJN, *Fallos* 324:1701, "Deoca, Corina del Rosario c/ Paredes, Fidel Leónidas y Estado Nacional- Mrio. de Defensa de la Nación", 30/05/2001.
6. CSJN, *Fallos* 334:1821, "Migoya Carlos Alberto c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", 20/12/2011.
7. CSJN, *Fallos* 335:452, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/04/2012.
8. CSJN, *Fallos* 329:759, "Barreto, Alberto D. c/Provincia de Buenos Aires y otro".
9. CSJN, *Fallos* 317:181; "Rodríguez Santorum, Claudio c/ Tap Air Portugal", 08/03/1994.
10. CSJN, *Fallos* 312:2022
11. CSJN, *Fallos* 318:1531,
12. CSJN *Fallos* 328:2654.
13. CSJN, *Fallos* 252:375.
14. CSJN, *Fallos* 273:111.
15. CSJN, *Fallos* 329:2316, "Mendoza".
16. CSJN, *Fallos* 332:1528, "Castelucci".

17. CSJN en “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Buenos Aires, Provincia de s/restitución de dólares” del 04/06/1985
18. CSJN, Competencia N° 137. XLIII. “Giraldo, Verónica Lorena c/ Edesur S.A. y otros s/ daños y perjuicios, sentencia del 12/06/2007.
19. CSJN, *Fallos* 265:291 “Pietranera”, 1966.
20. CSJN, *Fallos* 339:1812 “Curti” 27/12/2016.
21. CSJN, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, 22/04/97.
22. CSJN, *Fallos* 336:1236 c/ Swiss Medical S.A”, 21/08/2013.
23. CSJN, *Fallos* 332:111 “Halabi”
24. CSJN *Fallos* 337:1024, “Municipalidad de Berazategui”
25. CSJN, *Fallos* 330:2800, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - P.E.N.- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, 26/06/2007.
26. CIDH, “Poblete Vilches y otros c. Chile”, 08/03/2018, Cita OnLine: AR/JUR/26607/2018.
27. CIDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 21/07/1989.
28. Cámara Nacional Civil, Sala C, “López de Aguirre, Marcelina v. Empresa de Ferrocarriles Argentinos”, 14/05/1991.
29. CNFed. CA, en pleno, 30/V/78, Miguel Boccardo e hijos y otros, LL, 1978-C, 5.
30. CNACC en “Puca” del 2003.
31. Sentencia en Expediente N° C4745-2016/0: “Gribnicow Yanina c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios (excepto Responsabilidad Médica)”, del Juzgado....de la CABA.
32. Cámara de Apelaciones de San Martín, Causa N° 4781 “César Carla c/ Municipalidad de Morón”, marzo de 2016.
33. Juzgado CAyT N° 3 de la CABA, Expediente N° C69514-2013/0: “Gómez de Vandecaveye, Aida Tolentina y otros c/ GCBA s/ Responsabilidad Médica”, 20/12/2016.
34. SCPBA, Causa A. 71.710, "M., E. M. contra Provincia de Buenos Aires. Pretensión indemnizatoria s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 11/05/2016

35. SCPBA, Causa B. 66.781, "Domínguez, Elba G. contra Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación. Demanda contencioso administrativa)", 15/07/2015
36. SCPBA, Causa B-64.553 "Gaineddu", 23/04/2003.
37. PTN Dictámenes: 236:354.
38. PTN IF-2019-05463041-APN-DGAJ#SLY
39. PTN Dictámenes: 233:148.

Normativa

1. Ley 24.944
2. Código Civil y Comercial de la Nación
3. Constitución de la provincia de Buenos Aires
4. Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires
5. Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.
6. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
7. Decreto Nacional N° 1490/92.
8. Ley 3952.
9. Ley 23.696.
10. Ley 23.982.
11. Ley 24.624.
12. Ley 26.895.
13. Acordadas de la CSJN 32/14 y 12/16.