



# EL DERECHO

**Director:**

Guillermo F. Peyrano

**Consejo de Redacción:**

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

## El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado. Reparación plena y reparación oportuna Reflexiones sobre el fallo "Ontiveros"

por MAURICIO GOLDFARB(\*)

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LOS HECHOS. – 3. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA REPARACIÓN PLENA (Y DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR DEL ESTADO). 3.1. EL VOTO DE LOS DOCTORES MAQUEDA Y ROSATTI. 3.2. EL VOTO DEL DOCTOR LORENZETTI. 3.3. EL VOTO DEL DOCTOR ROSENKRANTZ. 3.4. EL VOTO DE LA DOCTORA HIGHTON DE NOLASCO. – 4. CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA CITADA.

### 1 Introducción

El 10 de agosto pasado la Corte Suprema dictó sentencia en el recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/accidente" (consúltese Trabajo y Seguridad Social del próximo mes de noviembre). En el fallo, la Corte resolvió –por mayoría– revocar la sentencia de la Suprema Corte de Mendoza que había reducido sustancialmente la indemnización otorgada a la actora por un accidente sufri-

do en su ámbito de trabajo. El caso resulta muy interesante, más allá de la solución del caso concreto, por algunas reflexiones que los distintos ministros incluyen en sus votos –tanto en el *holding* como en el *obiter*– sobre cuestiones tan trascendentes como los requisitos de la arbitrariedad de sentencia, el principio de la reparación integral, el derecho a la integridad de la persona y la comparación entre los sistemas de reparación civil y laboral, entre otros.

El objeto de este artículo es analizar brevemente –dejando de lado la justicia del caso concreto– uno de los argumentos del pronunciamiento de la Corte: el fundamento constitucional del deber de reparar. Si bien existen antecedentes importantes y de relativa antigüedad de esta posición del máximo tribunal –como veremos más abajo–, la ratificación del rango constitucional del derecho a ser reparado ante el daño injusto resulta oportuno desde una visión propia del derecho administrativo, en especial, considerando las posibles aplicaciones de los criterios expuestos a la materia de la responsabilidad del Estado.

La cuestión de la responsabilidad del Estado es objeto de algunos debates particulares en aquellos estados provinciales –la inmensa mayoría– que aún no han dictado una ley que regule el deber de responder del Estado con posterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial. Recordemos que el nuevo código, en sus arts. 1764 y 1765, declara la inaplicabilidad directa de las normas privadas –sin perjuicio de su aplicación analógica<sup>(1)</sup>–, lo que, sumado al hecho de que la ley 26.944 solo regula la responsabilidad del Estado Federal, ha generado algunas dudas en los operadores jurídicos<sup>(2)</sup>.

Considero que el caso resuelto por el máximo tribunal aporta elementos de significativa trascendencia para

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial*, por HÉCTOR A. MAIRAL, ED, 260-641; *Una mirada a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944)*, por JUAN JOSÉ CASIELLO, ED, 260-820; *La ley 26.944 de responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, ¿es una ley local o federal?*, por ADRIANA MARÍA A. PADULO y PABLO ESTEBAN PERRINO, EDA, 2015-755; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, diario n° 14.134 del 3-3-17; *La recurrencia al argumento filosófico del "bien común" como fundamento de la responsabilidad del Estado en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación. Comentario al caso "Balla, Sergio Raúl Ramón" (247-311)*, por NÉSTOR OMAR SCARLATTI, EDA, diario n° 14.194 del 2-6-17; *Algunas consideraciones sobre la improcedencia de la responsabilidad del Estado por su actuación judicial lícita derivada del dictado de una prisión preventiva a la luz de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944*, por EDUARDO BUENADER, EDA, diario n° 14.280 del 4-10-17. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste de la República Argentina). Especialista en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste). Docente de Derecho Administrativo I (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste).

la compleja cuestión planteada, y brinda pautas para la solución de los casos concretos de daños a particulares por parte de los estados provinciales.

### 2 Los hechos

El día 12-8-01, mientras cumplía funciones en su despacho, la juez de paz Stella Maris Ontiveros tropezó con un grupo de cables que se hallaban en el suelo. Como consecuencia de la caída, sufrió lesiones que se fueron agravando hasta determinar una incapacidad del 60 %, que la tuvieron bajo tratamiento y con licencias médicas por más de cinco años.

Deducida la demanda, que tramitó ante el fuero laboral, la Cámara del Trabajo de Mendoza condenó a Prevención ART y al Estado de la Provincia de Mendoza a abonar una indemnización por incapacidad sobreviniente, daño a la integridad física, lucro cesante y daño moral de 4.638.120 pesos a valores de octubre de 2012.

La sentencia de cámara fue recurrida por las demandadas, y la Suprema Corte de Mendoza acogió los recursos y redujo sustancialmente el importe de la condena a 718.170,58 pesos, más las prestaciones en especie a cargo de la ART para la curación de la actora. Para disponer tal reducción de la indemnización (casi un 85 % menos que la fijada por la Cámara), la Corte mendocina sostuvo que el peritaje médico indicaba que la incapacidad no era total, como lo había juzgado la cámara, sino parcial; que debía computarse la prestación dineraria de 78.880 pesos ya pagada por la aseguradora de riesgos del trabajo; que no cabía reconocer importe alguno por "lucro cesante", pues la demandante mantuvo su cargo de magistrada y continuaba desempeñándolo sin merma en sus salarios, y que los importes otorgados en concepto de daños a la integridad física y daño moral eran exagerados en comparación con los montos indemnizatorios otorgados por distintos tribunales en casos análogos.

La parte actora, ante la denegación del recurso extraordinario federal, interpuso un recurso de hecho ante la Corte Suprema cuestionando –con invocación de la doctrina de la arbitrariedad– que la conclusión sobre la inexistencia de "lucro cesante" se apoyó en meras consideraciones dogmáticas; que la cuantificación de los resarcimientos se basó en una comparación con casos que no guardaban analogía con el *sub examine*, y que, en consecuencia, no se tuvieron adecuadamente en cuenta las secuelas dañosas del accidente en lo referente a la afectación de su vida social, de su actividad deportiva, de sus posibilidades para

## CONTENIDO

### DOCTRINA

El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado. Reparación plena y reparación oportuna. Reflexiones sobre el fallo "Ontiveros", por Mauricio Goldfarb ..... 1

### JURISPRUDENCIA

#### COMERCIAL

**Daños y Perjuicios:** Lucro cesante: resarcimiento; requisitos; prueba; falla en mercadería; capacidad productiva; disminución (CNCCom., sala F, septiembre 7-2017) ..... 3

#### CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

**Amparo:** Procedencia: derecho a la salud; restricción; medida cautelar; admisibilidad (Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, julio 10-2017) ..... 5

### OPINIONES Y DOCUMENTOS

Maternidad subrogada y un nuevo fallo que pretende su legitimación, por Juan Bautista Eleta ..... 7

### FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

MAURO R. BONATO. El ingreso a la Administración Pública, por Hugo Domingo ..... 7

progresar en la carrera profesional y, en suma, de su proyecto de vida. Cuestionó también como absurdo el otorgar un resarcimiento notoriamente inferior al contemplado –para secuelas incapacitantes de esa misma entidad– en el régimen especial de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo de las leyes 24.557 y 26.773.

La Corte Suprema hizo lugar al recurso de queja, declaró procedente el recurso y remitió los autos a la Corte mendocina, para el dictado de una nueva sentencia de acuerdo a derecho.

### 3 El fundamento constitucional de la reparación plena (y de la obligación de reparar del Estado)

La decisión de la Corte Suprema contó con cuatro votos distintos de sus cinco miembros. Un voto conjunto de los doctores Maqueda y Rossatti, al cual concurre el doctor Lorenzetti, forman la mayoría. La decisión se completa con un voto en disidencia parcial del doctor Rosenkrantz y un voto en disidencia (por el rechazo del recurso) de la Dra. Highton de Nolasco.

Si bien la decisión de la Corte se entronca en sus propios precedentes sobre la materia y el criterio sostenido por la doctrina constitucional<sup>(3)</sup> y administrativista<sup>(4)</sup>, los fundamentos constitucionales de la decisión resultan acertados y oportunos. A continuación, sintetizaremos los distintos votos con especial detenimiento en las referencias que realizan (o no) al fundamento constitucional de la reparación plena.

#### 3.1. El voto de los doctores Maqueda y Rosatti

Los doctores Maqueda y Rosatti coincidieron en un voto conjunto que proponía hacer lugar a la queja, tachando a la sentencia de la Corte de Mendoza de arbitraria. Al resolver de este modo, sostuvieron que la sentencia apelada se apoyaba en meras afirmaciones dogmáticas, omitía la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del litigio, y por lo tanto, no constituía una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa (consid. 3° del voto de la mayoría).

En lo que es materia central de este artículo, el voto de la mayoría sostuvo que el derecho a una reparación integral, el derecho a la integridad de la persona y el derecho a la vida poseen jerarquía constitucional. Así, los dos ministros señalan:

“4) Que esta Corte Suprema ha señalado que tanto el derecho a una reparación integral –cuyo reconocimiento busca obtener la actora– como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335:2333)”.

De esta manera, los ministros Maqueda y Rosatti reafirman que la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional. Los ministros refieren en su voto –de modo expreso– al precedente “Rodríguez Pereyra”<sup>(5)</sup> de 2012, en el que se había ratificado el rango constitucional del derecho a una reparación integral y justa por parte del Estado<sup>(6)</sup>. Sin embargo, el voto común no hace referencia a un artículo en particular de la Constitución, más allá de la mención al art. 75, inc. 22, y el plexo convencional elevado a jerarquía constitucional.

#### 3.2. El voto del doctor Lorenzetti

En cambio, el voto concurrente del doctor Lorenzetti amplía la argumentación de la mayoría, y sí refiere expre-

samente al art. 19 de la CN como fundamento del principio de la reparación integral<sup>(7)</sup>. Así el presidente de la Corte subraya:

“6) Que, en este sentido, esta Corte ha reconocido el principio de la indemnización plena del daño a la persona. En dicho orden, los precedentes de este Tribunal establecen que el principio de no dañar a otro tiene rango constitucional, implícitamente reconocido por el art. 19 de la Constitución Nacional (Fallos: 182:5; 308:1118; 315:689; 327:3753 y 328:651, entre otros)<sup>(8)</sup>. Como, así también, que la reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al *quantum* de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado (doctrina de Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°; 335:2333, considerando 20, entre otros)”.

Lorenzetti plantea –como ya lo hiciera la Corte en otros fallos– un “diálogo de fuentes” a fin de resolver los hechos del caso. Para ello, convoca, en primer lugar, a la Constitución Nacional y a los tratados con jerarquía constitucional, y en el caso particular, al Código Civil –por razones de derecho transitorio–. Sin perjuicio de ello, no deja de mencionar que el principio de la reparación plena fue recogido expresamente en el art. 1740 del nuevo cód. civil y comercial.

#### 3.3. El voto del doctor Rosenkrantz

En lo que se refiere a la solución del caso, el voto del doctor Rosenkrantz auspicia confirmar la decisión de la Corte mendocina respecto del lucro cesante (con el argumento de que la actora era y sigue siendo juez) y, en cambio, modificar los otros rubros indemnizatorios por arbitrarios. Sin embargo, en relación con el fundamento constitucional de la reparación, llamativamente, nada se dice en este voto.

#### 3.4. El voto de la doctora Highton de Nolasco

El voto de la doctora Highton de Nolasco –en el mismo sentido que el dictamen de la procuradora fiscal ante la Corte, Dra. García Netto– se inclinó por el rechazo del recurso de queja, con fundamento en el art. 280 del cód. de procedimientos civil y comercial. La procuradora sostuvo que el recurrente no había demostrado la existencia de arbitrariedad que afectara la defensa en juicio y habilitara, así, la instancia extraordinaria.

Sin embargo, es importante señalar que la doctora Highton fue una de las integrantes de la mayoría en el caso ya varias veces citado “Rodríguez Pereyra”. En dicha sentencia, la mayoría de la Corte, formada por los doctores Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda, y justamente Highton, sostuvo:

“18) Que en lo que interesa al caso, esta Corte ha dicho que el ‘principio general’ que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se ‘prohíbe a los «hombres» perjudicar los derechos de un tercero’, se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’, y que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. Fallos: 308:1118 y 327:3753)”.

Por lo dicho, podemos sostener razonablemente que la doctora Highton comparte el fundamento constitucional del deber de reparar, aunque en el caso que comentamos no lo haya expresado, por considerar que el recurso era inadmisibile.

## 4 Conclusiones

El fallo de la Corte reafirma de modo explícito el carácter constitucional del principio de reparación plena. Se inscribe así en una línea jurisprudencial iniciada de modo expreso, entre otros casos, en “Santa Coloma” y “Gunther”

(7) En el mismo sentido, GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, pág. 647.

(8) Todos los casos citados refieren a responsabilidad del Estado: “Ferrocaril Oeste” (1938), “Gunter” (1986), “Cazarre” (1992), “Ángel Estrada” (2005), salvo “Aquino” (2004), de gran trascendencia, pero referido al tope de las indemnizaciones por accidentes de trabajo.

(1986)<sup>(9)</sup>, y luego ratificado en “Rodríguez Pereyra” (2012), todos casos de daños causados por el Estado.

Y a pesar de que el rango constitucional de la reparación plena ya ha sido reiteradamente utilizado por la Corte Federal, su ratificación, en este momento, es especialmente valiosa como una guía interpretativa de la ley 26.944 y, sobre todo, para el caso de los estados provinciales que no han regulado la materia.

La doctrina nacional ha señalado otras normas constitucionales para fundar el deber de reparación plena. FIORINI sostenía que la responsabilidad del Estado encontraba fundamento en el propósito del preámbulo de afianzar la justicia, y de los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 28 y 100 de la Constitución<sup>(10)</sup>. DROMI encuentra el fundamento de la responsabilidad del Estado<sup>(11)</sup> en los arts. 15, 16, 17, 18, 19, 43 y, especialmente, en el art. 33 que reconoce los derechos no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno<sup>(12)</sup>. BALBÍN, al criticar la jurisprudencia de la Corte Federal, subraya, como fundamento de la responsabilidad estatal, los arts. 17 (inviolabilidad de la propiedad) y 16 (igualdad de las cargas públicas) de la Constitución<sup>(13)</sup>. PERRINO, en cambio, destaca la vigencia de la normativa supranacional con rango constitucional del art. 75, inc. 22 y del art. 116 que garantiza poder citar al Estado a juicio, junto con los arts. 14 y 17 en relación con los derechos patrimoniales, y los arts. 19 y 28 en relación con los daños a derechos no patrimoniales<sup>(14)</sup>.

A nuestro criterio, los jueces de las provincias, puestos a resolver casos de responsabilidad del Estado, pueden encontrar en el fallo de la Corte que comentamos (y en la abundante doctrina sobre la materia) importantes elementos de fundamentación para sus decisiones. Por lo tanto, la ausencia de ley –o incluso una ley deficiente o inconstitucional– no puede ser obstáculo suficiente para hacer justicia en el caso concreto y disponer una reparación integral.

No podemos finalizar este comentario sin hacer referencia a la cuestión del tiempo del proceso. Como ya vimos, el hecho dañoso tuvo lugar hace más de 16 años. Sin embargo, no obstante el larguísimo tiempo transcurrido, la víctima del daño sigue sin recibir su adecuada indemnización. Y aún le resta esperar el dictado de una nueva sentencia por parte de la Corte mendocina y, si no hay un nuevo recurso extraordinario federal, cumplir con el trámite de ejecución de sentencia.

La reparación, si bien en el caso no puede devolver las cosas a su estado anterior, exige que, además de integral, sea oportuna. Una indemnización completa pero tardía no es justa. Por ello es necesario seguir trabajando en instrumentos procesales que permitan una decisión justa, pero también oportuna. De lo contrario, siempre será insuficiente para la víctima del daño.

## Bibliografía citada

BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

CASSAGNE, JUAN C., *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado*, LL, 2012-E-1202.

DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2009.

FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. II.

GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015.

(9) En el consid. 14 de “Gunther”, la Corte señaló: “En todo caso, la responsabilidad que establecen los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

(10) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho...*, cit.

(11) DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2009, pág. 1024.

(12) En el mismo sentido, GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación...*, cit., pág. 484 y sigs.

(13) BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, pág. 219 y sigs.

(14) PERRINO, PABLO E., *La responsabilidad del Estado...*, cit., pág. 2 y sigs.

(3) GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4° ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, t. I, pág. 484 y sigs.

(4) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. II, pág. 109 y sigs.

(5) Un caso de responsabilidad del Estado (daños a un conscripto por una explosión).

(6) “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27-11-12.

GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.

PERRINO, PABLO E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

**VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ESTADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DAÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUDENCIA

### Daños y Perjuicios:

Lucro cesante: resarcimiento; requisitos; prueba; falla en mercadería; capacidad productiva; disminución.

1 – *La frustración de ganancia asume carácter de daño resarcible solo cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico.*

2 – *Para indemnizar el lucro cesante, debe existir una posibilidad objetiva debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas conforme las circunstancias del caso, pues su reparación no se apoya en una simple probabilidad de ganancia, ni constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor o una pena para el que debe abonarlo.*

3 – *No se encuentran reunidos en autos los requisitos necesarios para hacer lugar a un resarcimiento en concepto de lucro cesante, pues la circunstancia de que se tuviera por acreditado que la falla en la mercadería que le entregó la accionada disminuyó la capacidad productiva de la actora no permite inferir, sin que exista una prueba concreta, la real frustración de ganancia invocada por esta última, ya que no probó su existencia y extensión mediante estados contables de los que surgieran diferencias en la producción, o demostrando pedidos de clientes que no pudieron ser satisfechos, o demoras en las entregas, o disminución de stock, etc., por lo cual deberá cargar con las disvaliosas consecuencias de su obrar (conf. art. 377, cód. procesal). R.C.*

**59.634 – CNCom., sala F, septiembre 7-2017. – Embalcorr S.R.L. c. Speed Customs S.R.L. y otros s/ordinario.**

En Buenos Aires a los siete días del mes de septiembre de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “Embalcorr S.R.L. c/ Speed Customs S.R.L. y otros s/ ordinario” Expte. N° 17220/2010 en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden de Vocalías: 16, 17 y 18.

Intervienen solo los Dres. Alejandra N. Tevez y Rafael F. Barreiro por encontrarse vacante la vocalía N° 17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 501/513?

La Señora Juez de Cámara Doctora *Alejandra N. Tevez* dice:

#### I. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

a. Adelanto que presentaré, resumidas, las aristas dirimentes del conflicto suscitado y me limitaré a referir solo aquellos aspectos que tuvieron interés para resolver el recurso.

b. Embalcorr S.R.L. inició demanda contra Speed Customs S.R.L. (en adelante, “Speed S.R.L.”) y Claudio Abel Soncini (en adelante, “Soncini”) por daños derivados del incumplimiento del contrato de locación de servicios por \$323.895,26 y/o lo que en más o en menos resultaren de la prueba a rendirse, intereses y costas.

Relató que se dedica a fabricar embalajes de cartón corrugado y que en tal sentido adquirió de Albany Internacional Tejidos Técnicos Ltda. (en adelante, “Albany”) una tela sin fin, nueva sin uso, a fin de utilizarla para fabricar aquel producto.

Expuso que para ello contrató los servicios de despachante de aduana de Speed S.R.L. y que intervino en la operación Soncini.

Manifestó que el 04.04.08, al recibir la mercadería importada, advirtió que la tela sin fin tenía un corte de 15 cm x 15 cm en uno de sus extremos.

Adujo que, como es de práctica, convocó a Albany a fin de chequear la colocación del producto adquirido y el arranque.

Adjuntó informe que realizó en esa ocasión la fabricante y vendedora, del que surgen observaciones y recomendaciones. Expuso que allí se indicó que, a consecuencia del recorte en el paño: i) se producía la pérdida de estabilidad dimensional del fieltro, lo que podía ocasionar su desvío y provocar un deterioro acelerado de los laterales o algún accidente, ii) se reducía la velocidad de trabajo, iii) aparecían problemas en el pegado de la línea superior y marcas en el cartón producido, y iv) se daba lugar a problemas generales de calidad del cartón fabricado.

Refirió a las responsabilidades de los accionados en su carácter de despachantes de aduana.

Solicitó las siguientes sumas para resarcir los perjuicios que dijo padeció en virtud del obrar antijurídico que imputó a los defendidos: i) u\$s12.910 en concepto de precio del producto adquirido con más el flete marítimo, ii) u\$s2.724,75 en concepto de gastos de importación, iii) \$11.258,61 en concepto de honorarios abonados a Speed S.R.L., iv) u\$s1.127,72 en concepto de gastos de adquisición de un tramo de paño con más flete marítimos, v) \$747,52 por gastos de importación de dicho tramo de paño, vi) \$1.537,17 en concepto de honorarios de despachante de aduana, vii) \$3.811,50 en concepto de reparación y colocación de clipper en paño corrugador, y viii) \$240.000 en concepto de lucro cesante.

c. A fs. 117/120 Speed S.R.L. y Soncini contestaron demanda. Solicitaron el rechazo de la acción con expresa imposición de costas.

Reconocieron la relación comercial a partir de la cual se vincularon con la actora y desconocieron la documental.

Negaron: i) que la actora se dedique a la fabricación de embalajes de cartón corrugado y que el producto sea necesario para la máquina más importante de su actividad, ii) que el fieltro tuviera un corte de 15 cm x 15 cm en uno de sus extremos, iii) la autenticidad del informe acompañado, su contenido, las observaciones, recomendaciones y conclusiones que de allí surgen, iv) la enmienda realizada a la tela, v) la responsabilidad que se les atribuye, vi) los gastos y costos que denunció la actora, y vii) el lucro cesante reclamado.

Adujeron que del informe técnico de Albany se desprende que la actora pudo operar con la pieza con normalidad; por lo que no podía reclamar daño alguno.

Alegaron que, dado su carácter de despachante de aduana, deben realizar todas las gestiones encomendadas por los clientes mas no responden por los daños que sufren las mercaderías en viaje desde su origen hasta su destino.

Ofrecieron pruebas y fundaron en derecho su pretensión.

#### II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

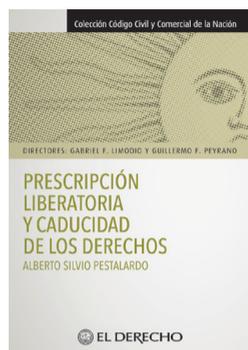
A fs. 501/13 el *a quo* admitió parcialmente la demanda. En lo que aquí interesa referir, condenó a Speed S.R.L. y Soncini a pagar al actor \$17.349,80 con más los intereses a la tasa activa y u\$s16.762,47 con más intereses a la tasa del 8 % anual. Impuso las costas a las defendidas sustancialmente vencidas.

Liminarmente dijo que las partes son contestes respecto a que: (i) la actora contrató los servicios de despachante de aduana de Speed S.R.L.; (ii) Soncini intervino en tal calidad; y (iii) Matticoli fue quien oficializó el despacho de la mercadería en virtud del poder que aquel le había entregado. Señaló el juez que la discrepancia de los litigantes se centra en la responsabilidad, existencia y extensión de los daños reclamados.

Refirió a la actividad que realizan los despachantes de aduana. Expuso que ejercen una función directa ante la aduana de carácter profesional, que actúan en nombre de otras personas en forma habitual y principal y que realizan las diligencias y trámites de la destinación, del despacho y de las demás operaciones de las mercaderías sujetas a importación o exportación.

Señaló que de las constancias de la causa surgía que: (i) al producto objeto de debate se le asignó el canal rojo; (ii) ante ello, debió someterse al control físico previo a la libe-

NOVEDADES 2017



Colección Código Civil y Comercial de la Nación

DIRECTORES: GABRIEL F. LIMODIO Y GUILLERMO F. PEYRANO

PRESCRIPCIÓN  
LIBERATORIA  
Y CADUCIDAD  
DE LOS DERECHOS

ALBERTO SILVIO PESTALARDO

EL DERECHO

ALBERTO SILVIO PESTALARDO

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Prescripción liberatoria  
y caducidad  
de los derechos

ISBN 978-987-3790-58-4  
230 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004

Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)

[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

ración; (iii) al tiempo en que el personal de la aduana realizó la verificación estaba en buen estado; (iv) del remito con membrete de Speed S.R.L. surgía que la actora señaló que recibía la mercadería con deterioros por inspección de la aduana; y (v) del acta de constatación notarial surgía que al paño enrollado en el interior de la caja de madera le faltaba un recorte cuadrado de aproximadamente 15 cm x 15 cm.

Así, tuvo por cierto que aquella había llegado a su verificación en buen estado y que al momento de ser entregada a la actora la tela tenía un recorte.

Meritó que el art. 242 de Código Aduanero dispone que los despachantes de aduana deben concurrir al acto de verificación de la mercadería y que su omisión impide reclamar contra su resultado.

Luego expuso que de autos surgía que un dependiente del despachante de aduana con poder para ello había concurrido a la verificación y que el embalaje de la mercadería importada tenía muestras del producto en su exterior para su comprobación física por el personal aduanero.

Tras lo anterior, concluyó que la persona que la defendida había designado no advirtió al personal aduanero de la existencia de una muestra del producto para evitar el corte; y, en consecuencia, era responsable ante la inexecución o ejecución defectuosa del mandato que le fuera conferido para realizar los trámites referidos a la importación, transporte y entrega del bien.

Se introdujo luego en los daños reclamados.

Sobre la base del informe técnico que acompañó la actora y del dictamen del perito ingeniero, juzgó acreditado –sin perjuicio del arreglo que se realizó al paño– que el recorte obligaba a reducir la velocidad operativa de la máquina y a desechar parte de la producción, que el fieltro perdía su estabilidad dimensional y el equilibrio de sus tensiones operativas, que podía desplazarse y provocar un accidente, que la reparación era precaria y no solucionaba las serias e importantes deficiencias y que debía considerarse inutilizable y reemplazarse de inmediato. Sobre tales bases, admitió el daño material y condenó a la defendida al pago de su precio y gastos globales de adquisición, importación y entrega. Así, otorgó por este rubro u\$s12.910 en concepto de precio, u\$s2.724,75 en concepto de gastos de importación y \$11.258,61 en concepto de honorarios de despachante de aduana y agente de transporte aduanero.

Otorgó a la actora asimismo aquellas sumas que debió desembolsar a fin de reparar el paño pues juzgó que eran consecuencia directa del obrar antijurídico de la accionada.

Así, concedió u\$s1.127,72 en concepto de gastos de adquisición de un tramo de paño con más flete marítimo, \$724,52 en concepto de gastos de importación, \$1.537,17 en concepto de honorarios de despachante de aduana y \$3.811,50 en concepto de reparación y colocación de clipper en paño corrugador.

Rechazó el lucro cesante pues meritó que la actora no había suministrado pautas que permitieran acreditar cuál era la producción efectiva de la empresa, la producción de la máquina de cartón corrugado, la disminución de la producción ni la imposibilidad concreta de atender pedidos por la merma de la producción. Expuso que si bien había

quedado demostrada la disminución del potencial operativo, de ello no podía inferirse la existencia de lucro cesante.

### III. LOS RECURSOS

Apeló la actora a fs. 514. Su recurso fue concedido libremente a fs. 515.

Lo mismo hizo Speed S.R.L. a fs. 516 y su recurso se concedió libremente a fs. 517.

Las quejas de la actora corren a fs. 523/25 y recibieron respuesta a fs. 542/45.

Las quejas de la defendida corren a fs. 527/32 y recibieron respuesta a fs. 534/37.

A fs. 546 se llamaron autos para dictar sentencia y el sorteo se practicó a fs. 551.

Ello así, se encuentran estas actuaciones en condiciones de emitir pronunciamiento conclusivo.

### IV. LOS AGRAVIOS

Se queja la actora pues: i) sostiene que el *a quo* al tener por acreditada la existencia del daño material derivada de la deficiencia del paño debió conceder una indemnización por lucro cesante, ii) arguye que es claro que, al producirse una disminución del potencial de la máquina, ello trajo como consecuencia la merma de la producción y la deficitaria calidad del cartón producido, y iii) alega que no tuvo en cuenta el magistrado de la anterior instancia que el reemplazo del paño demora entre 45 y 60 días.

Los agravios de la accionada transcurren por los siguientes carriles: i) de la prueba producida surge que el fieltro pudo ser correctamente reparado y que la actora estuvo en condiciones de operar normalmente sin afectación de su actividad, ii) la reparación exitosa del paño torna improcedente y desmedida la condena a abonar el precio de uno nuevo, iii) el paño pudo ser arreglado y utilizado en perfectas condiciones sin que se hubiera detectado una baja de la productividad, iv) se la condenó a abonar el precio con base en aspectos teóricos sin que se hubiera demostrado concretamente la disminución de la producción y el ritmo operativo de la máquina, v) existe un enriquecimiento sin causa para la actora, pues fue condenada a abonar el precio y gastos globales de adquisición, importación y entrega sumado al costo de la reparación, siendo que aquella mantendrá el producto.

### V. LA SOLUCIÓN

1. De la lectura de la expresión de agravios surge que las partes no se agraviaron respecto de la atribución de responsabilidad a Speed S.R.L.; ergo, tal aspecto se halla firme y consentido.

No obstante, ambos litigantes levantaron quejas en relación a la existencia, cuantía y extensión de los daños determinados en el pronunciamiento de grado.

En prieta síntesis, la actora se queja pues el magistrado de la anterior instancia rechazó el lucro cesante.

De su lado, Speed S.R.L. arguye que el paño pudo ser correctamente reparado y, en consecuencia, solo debe reintegrar los gastos. Así, se agravia de la condena al reintegro del precio del producto, gastos y honorarios de importación.

Examinaré separadamente las quejas vertidas, anticipando desde ahora que postularé que el decisorio recurrido sea sustancialmente confirmado.

#### 2. Agravios de la defendida

A fin de dar respuesta al recurso de Speed S.R.L. estimo indispensable principiar el análisis a partir de la prueba pericial de ingeniería practicada en la causa.

En el dictamen de fs. 393/403, el perito ingeniero industrial —luego de explicar por etapas el proceso de fabricación del papel corrugado y la intervención en cada una de ellas del “fieltro superior”, como denominó a la mercadería importada objeto de debate; v. fs. 394— se detuvo en sus funciones.

Así, dijo que por las características del material con que estaba fabricado, el producto era apto para aportar presión en el proceso de secado del adhesivo al absorber su humedad. Manifestó que la presión adecuada que debía ejercer el fieltro superior aseguraba un perfecto pegado de los papeles lisos y corrugados que formaban el cartón corrugado (v. fs. 399).

Expuso que aquel era un elemento fundamental insustituible del proceso de producción y que su correcta y eficiente fabricación dependía absolutamente de su es-

tabilidad funcional. En este sentido, señaló que era primordial que se encontrara completamente equilibrado dimensionalmente y que las tensiones operativas estuvieran también en equilibrio durante toda la operación. Para ello, afirmó que el fieltro superior debía tener una absoluta y completa continuidad en toda su extensión y que, en este orden de ideas, era imposible asegurar su estabilidad operativa si le faltaba un trozo: en especial, en alguno de sus dos laterales. Explicó que si no era posible asegurar la estabilidad dimensional y de sus tensiones operativas por la existencia de un corte en uno de sus laterales, debía considerarse inutilizable (v. fs. 399/401).

Concluyó que, frente al corte lateral, el fieltro superior debía ser inmediatamente reemplazado para mantener el proceso de fabricación en su punto óptimo, la velocidad de producción de la máquina y la calidad del cartón corrugado fabricado. Es que —como argumentó— al sufrir un corte, especialmente lateral, perdía su estabilidad dimensional y equilibrio de las tensiones operativas.

No se me escapa que el auxiliar indicó que podía ser precariamente reparado cortando completamente la porción dañada y cosiendo, en su lugar, con dos costuras metálicas un tramo de reemplazo. Mas también señaló que esta acción era una solución precaria para mantener el proceso en funcionamiento hasta tanto se obtuviera el fieltro superior nuevo: así pues las dos costuras metálicas de la reparación carecerían de las solapas protectoras y, en tal sentido, la porción del cartón corrugado que tomara contacto con ambas costuras estaría dañada y lo tornaría inutilizable.

Tras todo ello y como una sinopsis de lo que antes había desarrollado, sostuvo el experto que el fieltro superior con un corte: i) debía considerarse inutilizable y debía ser reemplazado, ii) perdía su estabilidad dimensional y el equilibrio de sus tensiones operativas, iii) obligaba a reducir la velocidad de la máquina corrugadora oprimiendo la producción de la misma, iv) podía desplazarse de su posición operativa correcta y provocar un accidente, v) ocasionaba que la porción de cartón corrugado que tomara contacto con las costuras del remiendo sería dañado y debía esa porción desecharse a la salida del proceso de producción, y vi) provocaba serias e importantes deficiencias en el funcionamiento de la máquina corrugadora.

Destaco que estas conclusiones son contestes con el informe técnico elaborado por Albany, sociedad que confeccionó y fabricó el producto que la actora luego le adquirió (v. fs. 8 y reconocimiento de fs. 288 vta., respuesta a la pregunta 3°); y que, además, la defendida no requirió explicaciones al experto cuando le fue conferido el traslado correspondiente (v. fs. 440).

Agrego que si bien aquélla observó el informe al tiempo de alegar (conf. arg. art. 473 del Cpr.), sus manifestaciones solo refieren a aspectos relacionados con la falta de prueba de haber disminuido la producción de cartón corrugado, para concluir, sin otra explicación profesional y sobre tal premisa, en el correcto funcionamiento del fieltro.

En tal sentido, lo concreto es que no han sido objetadas con rigor científico las conclusiones técnicas a las que arribó el perito. Así, las alegaciones que formula la defendida no pueden tener favorable acogida, pues no ha aportado probanzas de similar o mayor rigor metodológico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (CSJN, “Pose José c. Provincia de Chubut”, del 1.12.92; íd., “Soregaroli de Saavedra, María Cristina C/ Bossio, Eduardo César y otros”, del 13.08.98; esta Sala, “Vecor Internacional SA c/ Shell Compañía Argentina de Compañía Argentina de Petróleo SA s/ ordinario”, del 31.08.12).

En definitiva, siendo que, según expuso el perito ingeniero, la reparación era solo una solución precaria para mantener el proceso de fabricación pues el fieltro superior debía ser necesariamente reemplazado por uno nuevo, fue correcta la extensión de la condena decidida en la instancia de grado. Así pues los daños que ordenó resarcir el primer sentenciante forman parte de las consecuencias inmediatas y necesarias (conf. art. 901 del CCiv.) derivadas del obrar antijurídico de la defendida; ergo, dentro del ámbito de la reparación contractual de acuerdo a lo previsto en el art. 520 del CCiv.

Sin embargo, es exacto que conllevaría un enriquecimiento sin causa la circunstancia de que la accionada debiera reembolsar el precio, gastos y honorarios de la adquisición de la tela y todos aquellos otros derivados de su

reparación, siendo que, de su lado, la actora mantendrá el producto remendado.

De allí que propondré que una vez que la defendida abone el monto de condena, a partir de ese instante la actora deberá poner a disposición de la accionada el fieltro superior reparado.

#### 3. Agravios de la actora

Recuerdo que se queja la actora pues el *a quo* rechazó el reclamo por lucro cesante. En prieta síntesis, sostiene que acreditó el daño que pretende.

Adelanto que el agravio es desestimable.

A fin de analizar la queja estimo, necesario realizar ciertas consideraciones que refieren al daño y la conceptualización del lucro cesante. Así pues, sobre tales premisas y de acuerdo a las constancias obrantes en autos, decidiré el punto.

Respecto de los requisitos del daño, diré que sólo cuando se cumplen ciertos recaudos indispensables que deben concurrir en un cierto menoscabo o detrimento para que el perjuicio sea contemplado a los fines de su indemnización, el daño es jurídico y, por lo tanto, reparable. Así, el daño debe ser cierto, pudiendo presentarse en forma actual o futura (conf. Alfredo Orgaz, “El daño resarcible [actos ilícitos]”, Editorial Depalma, 3era. Edición, 1967, Bs. As.). Asimismo, debe encontrarse en relación causal jurídicamente relevante respecto al hecho generador de responsabilidad, y también debe ser personal (conf. Alfredo Orgaz, “El daño resarcible [actos ilícitos]”, Editorial Depalma, 3era. Edición, 1967, Bs. As.). Lo contrario, es decir aceptar un daño incierto, implicaría un enriquecimiento sin causa, por demás prohibido por nuestra normativa.

Acoto en punto al lucro cesante, que la frustración de ganancia asume carácter de daño resarcible sólo cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico (conf. C.S.J.N., 15-2-88, Rep. ED, 23-256.156-S). Para indemnizar este rubro, debe existir una posibilidad objetiva debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas conforme las circunstancias del caso. Su reparación no se apoya en una simple probabilidad de ganancia, ni constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor o una pena para el que debe abonarlo (CNCom., Sala B, “Wasko Pedro c/ Club Gimnasia y Esgrima s/ ordinario”, del 03.04.98).

Como anticipé, no se encuentran reunidos en autos los requisitos necesarios para que el daño sea resarcible.

Coincido con el magistrado de la anterior instancia en el sentido que la circunstancia de que se tuviera por acreditado que la falla en la tela de fieltro disminuyó la capacidad productiva de la máquina, no permite inferir, sin que exista una prueba concreta, la real frustración de ganancia invocada por el recurrente.

Obsérvese que la actora ninguna prueba ofreció tendiente a demostrar su existencia y extensión (v. fs. 107/108). Así, bien pudo acercarse los estados contables de los que surgieran diferencias en la producción, pedidos de clientes que no pudieron ser satisfechos, demoras en las entregas, disminución de *stock*, etc.; mas nada de ello hizo. Ello así cargará con las disvaliosas consecuencias de su obrar (conf. art. 377 del Cpr.).

### VI. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto y si mi criterio fuera compartido por mi distinguido colega del Tribunal, propongo al Acuerdo: i) rechazar los agravios de la actora; ii) rechazar en lo principal los agravios de la demandada y solo receptarlo en aquel aspecto que refiere a que una vez que ésta abonare el monto de condena, recién a partir de ese instante, la actora deberá poner a disposición de la defendida el fieltro superior reparado; y iii) imponer las costas de Alzada por su orden, por existir vencimientos parciales y mutuos (conf. art. 71 del Cpr.).

Así voto.

Por análogas razones el doctor *Rafael F. Barreiro* adhiere al voto que antecede.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: i) rechazar los agravios de la actora; ii) rechazar en lo principal los agravios de la demandada; iii) disponer que una vez que la demandada abonare el

monto de condena, recién a partir de ese instante, la actora deberá poner a disposición de la defendida el fieltro superior reparado; y iv) imponer las costas de Alzada por su orden, por existir vencimientos parciales y mutuos (conf. art. 71 del Cpr.).

II. Notifíquese (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1° y n° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado.

Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n° 42/15).

Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). – Alejandra N. Tevez. – Rafael F. Barreiro (Sec.: María F. Estevarena).

## Amparo:

Procedencia: derecho a la salud; restricción; medida cautelar; admisibilidad.

1 – *El derecho a la salud tiene rango constitucional, por lo cual su privación o restricción manifiestamente ilegítima abre la vía del amparo.*

2 – *La medida cautelar solicitada en el marco de la presente acción de amparo, a fin de que se ordene al accionado la urgente internación de la amparista en un centro asistencial de segundo nivel de atención, para estabilizar sus condiciones de salud y brindarle el tratamiento necesario para su patología, resulta procedente, pues se hallan configurados los requisitos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora. El primero se encuentra acreditado, prima facie, por los informes médicos de los efectores públicos actuantes que avalan el delicado estado de salud de la actora y la situación de vulnerabilidad del grupo familiar que integra, mientras que el segundo resulta evidente ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo que insuma la tramitación del proceso produzca un deterioro en la salud de la demandante, o aun peor; ponga en riesgo su vida. R.C.*

**59.635 – Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, julio 10-2017. – T., D. M. c. GCBA s/amparo.**

Ciudad de Buenos Aires, 10 de julio de 2017

Vistos y Considerando:

1. Que la señora D. M. T., por su propio derecho, con el patrocinio letrado de Silvina Pennella, María Alessandra Cutuli y Alejandro Marcelo Groglio –letrados del programa de Patrocinio Jurídico Gratuito y Acceso a la Justicia del Consejo de Vigilancia, Protección y Promoción de los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad– inicia la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –Ministerio de Salud y Unidad de Gestión del Programa Incluir Salud en la Ciudad de Buenos Aires (Agrupación Salud Integral o quien la reemplace)– en resguardo de su derecho a la salud, a la vida y a la dignidad inherente a todo ser humano (ver fs. 1).

Requiere por medio de la presente acción de amparo, que el GCBA, le provea una solución integral y definitiva a la grave problemática de salud que padece y que le garantice condiciones dignas, seguras y adecuadas de atención en los términos de los arts. 42, 75 inc. 22 y 19 de la Constitución Nacional, art. 20, 22, 42, 46 de la Constitución de la Ciudad, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), y leyes 153, 447 y 2145.

Peticiona que como medida cautelar se ordene al GCBA su urgente internación en un centro asistencial de segundo nivel de atención, a fin de estabilizar sus condiciones de salud, y se le suministren la medicación y alimentación adecuada y necesaria a su patología y tratamientos según los requerimientos diarios de sus comorbilidades (fs. 15 vta.). Solicita que para el caso de que el GCBA no contase con un nosocomio preparado para tal fin, se ordene su internación en un centro privado especializado en su problemática a costas del demandado (fs. 15 vta.). Todo ello, hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

En sustento de su pretensión la amparista relata que es “una mujer de 52 años de edad que presenta obesidad mórbida severa asociada a diabetes mellitus tipo II, hipertensión arterial, síndrome depresivo e imposibilidad de moverse” (fs. 1 vta. y fs. 5).

Señala que a la fecha de la interposición de la demanda poseía un peso de 199,300 kg, una estatura de 1,54 mts, y un IMC de 86.

Manifiesta que reside en una pequeña vivienda en la villa 1.11.14 de la Ciudad con tres de sus siete hijos y que para desplazarse –incluso para ir al baño– depende enteramente de la ayuda de ellos o de terceros ya que en los últimos tres años perdió toda movilidad (fs. 1 vta./2).

Agrega que quien se ocupa de su cuidado y necesidades básicas para la vida diaria durante la mayor parte del día es su hija M. D., de 21 años; y que los otros dos hijos que conviven con ella –Y. B. D. y O. L. T., de 23 y 16 años–, ayudan con dicha tarea cuando regresan de la facultad y escuela secundaria en las que se encuentran respectivamente estudiando.

Aduce que en tanto la atención que requiere es permanente, la asistencia que brindan sus hijos, así como la que le han brindado desde el CESAC N° 20, resulta de todas maneras insuficiente e inadecuada, y que ello sumado a la falta de medios para obtener medicamentos y alimentos acordes para tratar su enfermedad, acrecienta y agrava día a día sus condiciones vitales.

En tal sentido fundamenta la necesidad de su urgente internación y tratamiento por un equipo médico interdisciplinario, y sostiene que a ella deberá adicionársele “el suministro de todo lo necesario para poder realizar el tratamiento de manera efectiva, como así también los elementos y/o complementos necesarios para poder desplazarse” (fs. 2/2 vta.).

Refiere que recurrió a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad desde donde –en el marco del trámite N° 12442/16 y como primera medida–, se solicitó al Hospital Piñero información respecto del tratamiento otorgado a lo requerido por los médicos tratantes de la actora en el CESAC N° 20 y que se recibió como respuesta que el mencionado centro asistencial no contaba con las condiciones necesarias para recibirla y asistirla, y que en virtud de ello el Ministerio de Salud había sugerido que la Dirección General de Hospitales se comunicara con el Hospital Tornú para articular la correcta derivación.

Agrega que en el ínterin su situación empeoró y que desde la Defensoría se realizaron innumerables gestiones ante el Hospital Piñero y el Ministerio de Salud a fin de que profesionales de distintas disciplinas concurren a su domicilio y evaluaran su estado de salud.

Menciona que a partir de entonces recibe asistencia domiciliar de enfermería, kinesiología, y de profesionales de salud mental, médico de cabecera y nutricionista, así como controles periódicos de cardiología y diabetología (fs. 3).

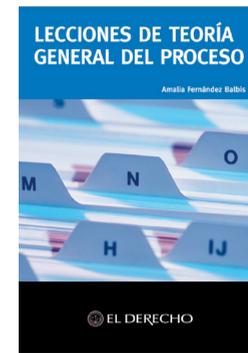
Aduce que sin perjuicio de ello, se trata de asistencia paliativa, puesto que no es la que requiere su grave cuadro de salud, según lo que se habría determinado en un informe elaborado por el equipo tratante de la actora, en el que se habría indicado “la necesidad de un seguimiento y control de la paciente en un centro especializado de obesidad con atención multidisciplinaria” (fs. 3), informe que habría sido remitido a personal del PROFE del cual la actora es beneficiaria.

Sostiene que también con fecha 11 de octubre de 2016 se puso en conocimiento –mediante oficio– del cuadro de salud de la actora a la Agrupación Salud Integral (ASI), y se le solicitó que arbitrara de manera urgente lo necesario para que recibiera la atención que requiere.

Manifiesta que dada la ausencia de respuestas, la Defensoría del Pueblo emitió la resolución 1257/2016 del 17 de noviembre de 2016 en la que se recomendó a la ASI “que procediera a arbitrar los mecanismos necesarios a fin de efectivizar la cobertura integral en el tratamiento de obesidad que requiere el caso (...)” en un plazo de diez (10) días.

Destaca que –tal como se desprende del trámite N° 12442/16– el GCBA no sólo tuvo conocimiento de la gravedad de su estado sino que lo reconoció por medio de sus profesionales y sus organismos, pero que sin embargo nunca se materializó una respuesta acorde a su realidad sanitaria, lo que comprometió aún más su salud.

## NOVEDADES 2017



AMALIA FERNÁNDEZ BALBIS

Lecciones de Teoría General del Proceso

ISBN 978-987-3790-57-7  
237 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

Por otra parte, refiere que la ASI negó estar anoticiada de su situación de salud y agrega que le habría respondido que tenía asignado un médico de cabecera, al cual la amparista –debido a su imposibilidad de desplazamiento– se vería imposibilitada de concurrir (fs. 3 vta.).

Remarca que en virtud de esta última respuesta, se libró un nuevo oficio a la ASI en el que se expresó una vez más la imperiosa necesidad de un tratamiento adecuado para la actora, no habiendo obtenido respuesta por parte de dicha institución.

Respecto a su situación económica y laboral, señala que su grupo familiar primario y conviviente se compone de los tres hijos antes referenciados, y que su estado de salud le dificulta enormemente obtener recurso económico alguno por sus propios medios. Indica que posee escasa formación educativa, precaria o inexistente trayectoria laboral calificada y que su estado de salud incluso limita el acceso a trabajar y a estudiar de su hija M., quien además padece una cardiopatía congénita (fs. 4).

A ello adiciona la minoridad y escolaridad de su hijo O. y la dificultad para obtener empleo de su hija mayor Y. quien se encuentra iniciando sus estudios universitarios (fs. 4 vta.).

En tal sentido, manifiesta que los únicos ingresos que posee y de los cuales dependen las condiciones de vida de todo el grupo familiar conviviente, son la suma otorgada por el Programa Ciudadanía porteña que asciende a la suma de dos mil quinientos pesos (\$2500) (fs. 4 vta.) y la pensión que recibe por ser madre de más de siete hijos (fs. 5 vta.).

Remarca que la situación de vulnerabilidad en la que vive junto a sus hijos intensifica aún más su compleja situación, en tanto la carencia de suficientes ingresos le impide asimismo acceder a los alimentos que componen la dieta que precisa para el tratamiento de la obesidad mórbida que padece (fs. 4 vta./5).

Hace referencia a los informes producidos por los profesionales del CESAC N° 20 que certifican el cuadro de salud que relata, explica que el peso señalado de 199,300 kg fue el último registrado en septiembre del 2016 dado que no puede concurrir a los controles, e informa que a las dolencias que padece se adiciona el padecimiento de “celulitis bilateral de piernas con puerta de entrada por micosis interdigital, Diabetes tipo II con diagnóstico de un año de evolución en tratamiento con metformina 1 gr. tres veces por día y glimepirida 4 mg dos veces por día, con malos controles metabólicos; HTA; en tratamiento con atenolol 25 mg día y enalapril 10 mg día, con gran dificultad de controlar su tensión arterial –por no poder contar con tensiómetro adecuado para su condición–, a todo lo cual se le suma Disnea clase funcional II”.

Señala que no solamente su salud, sino su vida dependen de recibir de manera urgente el tratamiento adecuado permanente que incluya el acceso a la alimentación apropiada y acorde a la dieta necesaria para la obesidad mórbida que padece.

Todo el cuadro descripto precedentemente y la ausencia de adecuada respuesta por parte del GCBA y de la ASI determinaron que la Sra. T. acuda a la vía judicial.

Por último, presta caución juratoria, ofrece prueba, hace reserva de ocurrir por las vías recursivas pertinentes y de acudir a la jurisdicción supranacional.

A fs. 92 pasaron los autos a resolver.

2. Que la procedencia de las medidas cautelares, conforme surge del artículo 15 de la ley 2145, se halla condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), que exige evidenciar que la tutela jurídica que la actora aguarda de la sentencia definitiva pueda llegar a resultar inútil por el transcurso del tiempo. Se exige, asimismo, que su dictado no frustre el interés público y que se fije una contracautela a quien la solicite.

3. Que a fin de analizar la verosimilitud en el derecho invocado por la parte actora, cabe señalar que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que su privación o restricción manifiestamente ilegítima abre la vía del amparo (cfme. Cámara del fuero, Sala II en autos “Trigo, Manuel Alberto c/ GCBA y otros s/medida cautelar”, expte. 4582/1, sentencia del 13 de mayo de 2002; “Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14 CCABA]”, expte. 20324/0, sentencia del 26 de mayo de 2008; CSJN, “Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional”, sentencia del 22 de febrero de 1999).

En sentido coincidente, conforme la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas –entre otros aspectos– a asistencia médica (art. 11). En una misma línea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure –entre otros beneficios– la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, entre las medidas que deben adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, enuncia la prevención y el tratamiento de las enfermedades (art. 12, incs. 1 y 2, ap. a) (cfme. Cámara del fuero, Sala I en autos “Rodríguez, Miguel Orlando c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, expte. 13930/1, del 22 de diciembre de 2004).

En el orden local, el artículo 20 de la CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria (cfme. Cámara del fuero, Sala I, “Rodríguez, Miguel Orlando...”, cit.; Sala 2, “Ayuso, Marcelo Roberto y otros...”, cit.). Además, asegura –a través del área estatal de salud– las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad (cfme. Cámara del fuero, Sala I, “Rodríguez, Miguel Orlando...”, cit.).

A su vez, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 20, se sancionó la Ley Básica de Salud, Ley N° 153, cuyo objetivo es “garantizar el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin” (art. 1°) definiendo salud integral, como “vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente” (art. 3°). En concordancia con ello, se establece que la garantía de la salud integral se sustenta en diversos principios, entre los cuales se encuentran “la cobertura universal de la población” (art. 3° inc. e), “el gasto público en salud como una inversión social prioritaria” (art. 3° inc. f), y “la gratuidad de las acciones de salud, entendida como la exención de cualquier forma de pago directo en el área estatal” (art. 3° inc. g).

Por otra parte, dicha ley estipula como objetivos del Subsector estatal de salud, entre otros, los siguientes: (i) “contribuir a la disminución de los desequilibrios sociales, mediante el acceso universal y la equidad en la atención de la salud, dando prioridad a las acciones dirigidas a la población más vulnerable y a las causas de morbimortalidad prevenibles y reductibles” (art. 14 inc. a) y (ii) “garantizar la atención integral de las personas con necesidades especiales y proveer las acciones necesarias para su rehabilitación funcional y reinserción social” (art. 14 inc. r).

Establecido ello corresponde analizar el requisito de la verosimilitud del derecho en la presente causa, sin dejar de

recordar que la pretensión de la acción intentada en autos consiste en la internación de la actora en un centro asistencial de segundo nivel de atención, a fin de estabilizar sus condiciones de salud, y garantizarle el suministro de la medicación y alimentación adecuada y necesaria a su patología y tratamientos.

Dicho esto, de conformidad con lo que surge de las constancias de la causa, se encontraría acreditado, *prima facie*, el delicado estado de salud de la actora y la situación de vulnerabilidad del grupo familiar que integra. Las constancias del expediente –copia de las actuaciones tramitadas por ante la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, que incluyen los informes médicos de los efectores públicos actuantes– avalarían asimismo la necesidad del tratamiento que por vía cautelar se solicita, y darían cuenta del conocimiento del cuadro de situación y requerimientos asistenciales que habrían tenido los demandados en autos.

Ciertamente, a fs. 31/32 se encuentra agregada copia del resumen de la historia clínica de la actora, elaborado por médicos del CESAC N° 20, de fecha 3 de junio de 2016, que acredita que la actora es una “mujer de 52 años de edad que presenta obesidad mórbida, diabetes e hipertensión arterial con imposibilidad de deambular y movilizarse por sus propios medios” y que “requiere derivación y tratamiento por equipo multidisciplinario en principio, en un segundo nivel de salud” (fs. 31). Allí también se consigna que la Sra. T. padece celulitis bilateral de piernas y que permanece más del 50 % del día en cama, requiere asistencia permanente para higiene y necesidades básicas de la vida diaria (fs. 31).

Asimismo surge que dicho informe fue puesto en conocimiento del área Programática del Hospital Parmenio Piñero y se solicitó “la posibilidad de programar una derivación para completar tratamiento, con articulación de traslado en transporte adecuado y recepción en 2 nivel de salud” dado que la actora “presenta múltiples con movilidades con potencial descompensación” (fs. 31/32).

A fs. 33 luce agregada copia de un correo electrónico en el que se advierte que el citado nosocomio no contaba con las condiciones necesarias para recibir y asistir a la paciente y que se había puesto en conocimiento de la situación al Ministerio de Salud desde donde se habría indicado que la Dirección General de Hospitales se pusiera en contacto con el Hospital Tornú para articular la derivación y atención respectiva. En efecto, ello se desprende del correo electrónico que a fs. 36 habría enviado el Director General de Atención Primaria del GCBA, Gabriel Battistella, al Sr. Sergio Aguer de la Dirección General de Hospitales.

De las constancias agregadas también se verifica que la amparista recibió la atención domiciliaria referida en el escrito de demanda (fs. 40 vta./42, y 44).

Por otra parte a fs. 43 obra un informe elaborado como trámite N°12442/16 donde se indica que diversos profesionales de distintas disciplinas concurren al domicilio de la amparista a fin de realizar las evaluaciones correspondientes. Allí se determinó la necesidad de derivación de la paciente al Hospital Piñero para controles y estudios de laboratorio, entre otros.

Asimismo, se puntualizó que a través de conversaciones telefónicas mantenidas entre la médica de cabecera de la Sra. T. (Dra. Montiel) y la Dra. Trovó (dependiente del Área Programáticas del Hospital) pudo conocerse que la amparista recibe asistencia domiciliaria diaria de enfermería, asistencia domiciliaria semanal de médico de cabecera, nutricionista, kinesiológica y controles periódicos de cardiología, diabetología y psiquiatría. Puntualmente se indicó que parte del equipo interviniente peticionó “seguimiento y control de la paciente en centro especializado de obesidad con atención multidisciplinaria adecuada” (fs. 43). Por último se detalló que debido a la condición de beneficiaria del PROFE, se estableció comunicación con personal de ese programa.

A fs. 46 obra copia del oficio remitido a la Agrupación Salud Integral donde se pone en conocimiento la situación de la amparista y la solicitud de manera urgente de arbitrar los medios necesarios a fin de que la paciente reciba la atención requerida por los profesionales actuantes.

A fs. 74/76 se observa copia de la respuesta brindada por la ASI al requerimiento efectuado por el Defensor del Pueblo de la Ciudad mediante la Resolución N° 1257/6.

Allí la mencionada agrupación informó, en resumidos términos, que hasta el momento no contaba con los pedidos médicos que indicarían prestaciones a favor de la actora y que por lo tanto se veía imposibilitada de autorizar la cobertura de cualquier prestación. Se agrega que “ni bien se verifique el ingreso de la referida documentación, se procederá a auditar la misma y en caso de corresponder su cobertura (...) se procederá a su inmediata autorización” (fs. 76). Por otra parte no se constata en autos respuesta por parte de la ASI, al nuevo requerimiento que en mérito a la posición adoptada por aquella, le efectuara la Defensoría del Pueblo el 28 de diciembre de 2016 (fs. 78/79).

Finalmente se agrega al expediente un informe realizado por la Dra. Romina Montiel, médica generalista, de fecha 12 de enero de 2017, en el que se reitera el diagnóstico que afecta a la amparista, se da cuenta de la composición del grupo familiar y la situación de vulnerabilidad en que se encuentra, y se especifica que “*dado el riesgo de salud por sus múltiples comorbilidades, la complejidad de su entorno familiar y social, la paciente requiere un seguimiento en un centro especializado de obesidad multidisciplinario adecuado, monitoreo continuo, evaluación antropométrica, metabólica y control directo de su ingesta alimentaria*” (fs. 80).

En este contexto, de acuerdo a los principios constitucionales expuestos, dentro del acotado marco de conocimiento de la medida cautelar y en el preliminar estado del proceso, sin que lo que aquí se decida importe anticipar opinión alguna sobre la cuestión de fondo planteada, teniendo en cuenta el estado de salud de la amparista y demás condiciones personales y del grupo familiar invocadas en el escrito de demanda (acreditadas conforme documentación de fs. 23/92), cabe tener por demostrada en forma suficiente la verosimilitud del derecho alegado.

4. Que con relación al peligro en la demora he de destacar que a fin de que resulten admisibles las medidas cautelares, la doctrina y la jurisprudencia exigen la concurrencia de ambos requisitos, si bien puede alguno de ellos encontrarse morigerado ante la fuerte presencia del otro.

En efecto, se ha sostenido que los presupuestos mencionados se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho, corresponde no ser tan riguroso en la apreciación del peligro del daño y –viceversa– cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable la exigencia respecto del “*fumus*” se puede atemperar (en este sentido, Sala II del fuero, *in re* “Banque Nationale de París c/GCBA s/amparo [art. 14 CCBA]”, expte. EXP-6, del 21/11/2000 y Sala I del fuero, en autos “Ticketec Argentina S.A. c/GCBA” del 17/7/2001).

En el caso, resulta evidente que ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo que insuma la tramitación del proceso produzca un deterioro en la salud de la aquí actora, o aún peor, ponga en riesgo su vida, el requisito del peligro en la demora se encuentra debidamente satisfecho.

Se verifica asimismo que la parte demandada habría sido debidamente puesta en conocimiento de la delicada situación de salud de la Sra. T. y de sus requerimientos asistenciales, y si bien no habría permanecido indiferente a ello, las medidas adoptadas hasta la fecha no resultarían suficientes para dar una adecuada respuesta a la urgencia que, en principio, se desprende del caso.

Ello en tanto, más allá de la asistencia domiciliaria que estaría recibiendo, lo cierto es que el tratamiento indicado por los médicos tratantes consistiría en su internación en un centro asistencial de segundo nivel, para lo cual el GCBA habría efectuado tratativas con el Hospital Tornú, de las cuales aún no se habrían obtenido respuestas satisfactorias (fs. 37/37 vta.).

5. Que en definitiva –dentro del acotado marco de conocimiento de las medidas precautorias– en atención a la naturaleza de los derechos que se encuentran en juego, las recomendaciones efectuadas por los profesionales intervinientes y las consideraciones vertidas por el Director General de Atención Primaria del GCBA, Gabriel Battistella a fs. 36, y al no advertir afectación alguna sobre el interés público con la cautelar pretendida, es que corresponde otorgar la medida precautoria solicitada.

A tal fin, y atento las circunstancias del caso, se estima contracautela suficiente y ajustada a derecho la caución juratoria ofrecida a fs. 18 vta. punto VIII.4.

Por lo expuesto, *resuelvo*:

I. Conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que a través de la dependencia que corresponda adopte en un plazo máximo de cinco (5) días, las medidas necesarias a fin de disponer la internación de la amparista D. M. T. en un centro asistencial de segundo nivel de atención –ya sea perteneciente a la red de efectores del GCBA, o de gestión privada a costa del demandado–, en el que puedan estabilizarse sus condiciones de salud, y se le suministren los tratamientos, medicación y alimentación adecuada y necesaria a su patología.

II. Tener por prestada la caución juratoria de la actora con lo manifestado en el punto VIII.4 de fs. 18 vta.

Regístrese, notifíquese a la actora por cédula –a librarse por Secretaría– y al GCBA por cédula, junto con el traslado de la demanda ordenado en el punto IV de fs. 92. La confección de dicha cédula queda a cargo de la parte actora. – *Guillermo Scheibler*.

## OPINIONES Y DOCUMENTOS

### Maternidad subrogada y un nuevo fallo que pretende su legitimación

Como advertimos en otras oportunidades, en el último tiempo se han dictado sentencias avalando el llamado “alquiler de vientres”, “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada”. De esta manera, continúa el debate en torno a esta técnica que está excluida de la normativa vigente.

El 4-8-17 la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a una medida cautelar en el marco de un amparo colectivo e individual deducido por el Defensor del Pueblo de la CABA, la FALGBT y los señores D. R. y G. S. M. El amparo colectivo tenía por objeto ordenar al GCBA inscribir a los niños nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) de alta complejidad a través del método de la maternidad subrogada sin emplazar como progenitor a la persona gestante sin voluntad procreacional. Por su parte, la pretensión individual de los coactores D. R. y G. S. M. consistió en que se mande al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal (en adelante, RECCP) proceder a la inscripción del nacimiento de D. y T. como sus hijos, reconociendo la copaternidad registral de dichos coactores.

En primera instancia, la jueza rechazó *in limine* la acción instada. Entre los argumentos sostenidos por la magistrada cabe destacar que el amparo colectivo pretendió “en abstracto, hacer un control de legalidad de la normativa involucrada y/o de la omisión del Estado Nacional –Poder Legislativo– de legislar casos como los aquí planteados”. A su vez, convino que el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local resulta incompetente por hallarse en juego la dilucidación de cuestiones esenciales de la relación filial. En este sentido, reconoció la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal. A esto agregó “que no advierte en el GCBA una acción u omisión arbitraria o manifiestamente ilegítima que la instituya como legitimada pasiva en esta acción”, sino que el Registro mencionado no hizo más que cumplir la ley en los términos en que fue dictada.

La CCAYT revocó el rechazo del amparo y, haciendo lugar a la medida cautelar, ordenó al RECCP que inscriba provisionalmente a los niños nacidos a través de las TRHA en la denominada gestación por sustitución, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitora a la gestante que expresó previamente no tener voluntad procreacional. Asimismo, se ordena que sean incorporados los datos de la gestante en el legajo base, a fin de respetar el derecho de identidad de los niños pertenecientes a dicho colectivo. Asimismo, se encomienda cumplir con el reglamento de Procesos Colectivos.

En cuanto a los argumentos vertidos en la alzada, podemos sintetizarlos en los siguientes puntos:

- El Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad resulta competente, ya que el legislador local, al delimitar la competencia de este fuero, declaró que podrá sustanciarse allí toda causa en la cual la Administración sea uno de los sujetos del proceso.

- La acción intentada no persigue despejar una cuestión de filiación de los menores en relación con sus progenitores, sino meramente registral.

- Existe una omisión del RECCP por haber omitido el dictado de las regulaciones complementarias sobre la registración de los nacimientos ocurridos por las TRHA mediando maternidad subrogada.

- El derecho que sustenta ambas pretensiones es el derecho a la igualdad y a la no discriminación, en tanto no es posible realizar la inscripción en el registro de modo que refleje adecuadamente el cuadro familiar.

- Tanto la FALGBT como el Defensor del Pueblo resultan legitimados activos en el proceso, además de los Sres. D. R. y G. S. M.

- Resulta discriminatorio que una mujer pueda dar el consentimiento para ser madre aparte de la que dio a luz, pero que no puedan dos hombres brindar el consentimiento como padres desconociendo a la mujer que dio a luz. Esta desigualdad alteraría el orden público.

Ahora bien, al igual que se planteó en la sentencia del *a quo*, entendemos que no es el GCBA el que estaría impidiendo la inscripción de los menores como se pretende, sino que ello es la consecuencia derivada de una decisión tomada por el Poder Legislativo al momento de sancionar el art. 562 del cód. civil y comercial de la Nación, que establece, sin lugar a dudas, que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y de la persona que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

En función de lo expuesto, queremos remarcar que el alquiler de vientres fue expresamente excluido del Código Civil y Comercial de la Nación durante el debate parlamentario y, por tanto, la maternidad queda firmemente determinada por el parto, así lo establece el art. 565. Norma de orden público.

Dar lugar a la maternidad subrogada –entendida como un contrato o no– expande sin medida los alcances de la voluntad procreacional, manipula sin mesura los vínculos de filiación y violenta las normas de orden público. Más aún, desligar un vínculo tan fundamental como la maternidad no hace más que cosificar a la mujer y al niño, contrariando el derecho a la identidad.

Por último, no olvidamos que los jueces se presentan frente a casos concretos que exigen celeridad y una respuesta adecuada, a fin de encontrar el interés superior del niño, pero creemos que legitimar de esta manera los acuerdos de maternidad subrogada no hace más que contrariar uno de los principios fundamentales de todo el plexo normativo: la dignidad de la persona humana.

JUAN BAUTISTA ELETA  
www.centrodebioetica.org  
9 de octubre de 2017

**VOCES: ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - BIOÉTICA - SENTENCIA - CONTRATOS - FAMILIA - FILIACIÓN - PODER JUDICIAL - MATRIMONIO - MENORES - PERSONA - PODER LEGISLATIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - REGISTRO DE LAS PERSONAS - AMPARO - PATRIA POTESTAD**

## FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

MAURO R. BONATO

### El ingreso a la Administración Pública

Buenos Aires  
Dunken  
2017  
439 páginas

La obra que nos ocupa desarrolla distintos aspectos vinculados al ingreso a la Administración Pública.

Y si bien prevalece el enfoque jurídico, será un libro de suma utilidad no solamente para los abogados, sino para quienes trabajan en la función pública, tanto empleados y funcionarios de carrera como funcionarios políticos que tienen a su cargo la implementación de los procedimientos de selección, y que encontrarán en esta obra una guía insoslayable de buen gobierno y administración.

Se trata de un trabajo escrito con método y rigor científicos, que evidencia una prolongada labor de investigación y un meditado estudio por parte del autor. Aborda el tema de la función pública con criterio orgánico y sistemático, trascendiendo el aspecto atinente al ingreso que ilustra el título.

Se destaca la originalidad de los distintos planteos que se ensayan a lo largo de la obra, los que siempre van acompañados del imprescindible aparato erudito, compuesto por citas doctrinarias y jurisprudenciales, estas últimas con acopio de fallos inéditos sobre empleo público, emanados de tribunales tanto nacionales como provinciales, y dentro de estos, santafesinos. A lo cual se suma, en la mayoría de los casos, la opinión del propio autor sobre el punto que se trate.

Coincidiendo con lo expresado por BONATO en la introducción, el libro está dividido en tres partes, y se compone de diez capítulos y un apéndice jurisprudencial.

La primera parte, que comprende los capítulos uno y dos, están dedicados a desarrollos preliminares acerca de la función pública, donde el autor, luego de tomar partido, previo repaso de las distintas posiciones doctrinarias sobre la denominación de “agente público” como la más apropiada para referirse al empleado o funcionario públicos, desarrolla un acápite vinculado con “el derecho al empleo y derechos del empleo”, y se detiene, en particular, en el análisis de los distintos modos de ingreso, entre ellos el nombramiento, acto unilateral que se distingue de la relación de empleo público, cuya naturaleza contractual torna necesaria la aceptación del agente para su perfeccionamiento.

Al incursionar en los componentes de la relación de empleo público, especialmente el objeto de la relación, el autor asume

## EDICTOS

### CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 3, a cargo del Dr. **Roberto R. Torti**, Secretaría N° 5, a mi cargo, sito en Libertad 731, piso 4°, de esta ciudad, hace saber que la Sra. MARTHA LISSY, KLINSKY VARGAS DNI 92.068.073, de nacionalidad boliviana ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquiera persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 6 de octubre de 2017. **Ana María Álvarez**, sec. fed.

I. 24-10-17. V. 25-10-17 6253

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que a JENNIFFER AVIVENA PLATON LOPEZ, nacida en GUAYAQUIL - GUAYAS - ECUADOR, el 20 de octubre de 1980, con D.N.I. 94.774.414 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Buenos Aires, 20 de septiembre de 2017. **Luis Pablo Pérez**, sec. int.

I. 24-10-17. V. 25-10-17 6250

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 3, a cargo del Dr. **Roberto R. Torti**, Secretaría N° 6, a mi cargo, sito en Libertad 731, piso 4to., de esta ciudad, hace saber que la Sra. MARTINEZ MESA ZAIDA, D.N.I. N° 93.999.870, de nacionalidad cubana ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquiera persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 19 de octubre de 2017. **María Florencia Millara**, sec. fed.

I. 25-10-17. V. 26-10-17 6254

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. **Javier Pico Terreiro**, Secretaría N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que el Sr. LUIS ANTONIO PRADO ALCOCER con DNI 93.870.883, nacido el 24 de Octubre de 1991 en Cochabamba, Cercado, Bolivia ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquiera persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 20 de octubre de 2017. **Fernando Gabriel Galati**, sec. int.

I. 25-10-17. V. 26-10-17 6256

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que a JOSE LUIS PALACIOS DUENAS, nacido en Ximena de Cantón - Guayaquil - Provincia de Guayas - Ecuador, el 08 de julio de 1985, con D.N.I. 95.298.177 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Buenos Aires, 19 de octubre de 2017. **Luis Pablo Pérez**, sec. int.

I. 25-10-17. V. 26-10-17 6255

### REMATES

ALBERTO J. RADATTI  
El Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Comercial n° 4, Secretaría n° 7, con asiento en Av. Pte. Roque Sáenz Peña n° 1.211, 1° piso, C.A.B.A. comunica por 2 días que en los autos: “AGRESTE S.A. c/SIDEVACRU S.A. s/ ejecución prendaria” (Expte. 8.594/16), que el martillero **Alberto J. Radatti** subastará al contado y mejor postor el día 10 de noviembre de 2.017 a las 10,15 hs. en Jean Jaures n° 545, C.A.B.A. un semirremolque usado marca Sola y Brusa, modelo volcador 3 ejes - 1 desplazable Susp. Neum. Direc. Año 2.015, Dominio OTX 699, en general en buen estado de conservación faltándole 10 ruedas completas (llantas y cubiertas), que se exhibirá los días 7 y 8 de noviembre de 2.017 de 10 a 12 hs. en Boquerón n° 1.008, Morón, Pcia. de Buenos Aires.- Base \$ 230.000.- Comisión 10%.- IVA s/ comisión, Arancel de subasta 0,25% todo en efectivo en el acto de la subasta.- En caso de corresponder el pago del IVA por la presente compraventa deberá ser solventado por el comprador.- Deudas de patentes al 31 de octubre de 2.017 la suma de \$ 34.034,55.- Las deudas que registrare el automotor devengadas hasta la fecha de toma de posesión serán solventadas con los fondos provenientes de la subasta, excepto que los fondos que se obtengan en el remate, no alcancen para hacer frente a ellas, por lo que el excedente quedará a cargo del comprador.- Queda prohibida la compra en comisión y la ulterior cesión del boleto que se extienda.- Todo posible adquirente que concurra al acto mediante poder otorgado por otra persona de existencia física o ideal deberá denunciarlo en forma precedente al comienzo del acto al Sr. Martillero y este anunciar de viva voz el nombre del poderdante a su inicio.- Se presume que los oferentes tienen debido conocimiento de las constancias de autos, de la presente resolución y de las dictadas y que se dicten en relación con la subasta decretada.- CUIT del martillero 20-04370575-0 y de la demandada 30-71228563-6.- Buenos Aires, 12 de octubre de 2017. **Ignacio M. Galmarini**, sec. int.

I. 24-10-17. V. 25-10-17 6252



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

una posición crítica sobre la teoría de la supremacía especial o sujeción especial, a la que considera "propia de otras tierras", pues a su entender "ninguna supremacía es necesaria para justificar las prerrogativas de la administración que por otra parte encuentran un justo límite en los derechos del agente público".

La segunda parte, que comprende los capítulos tres a siete, abarca más de un tercio de la obra, donde se analiza el concurso público, su concepto y naturaleza jurídica, sus requisitos, clases y etapas, su necesidad, sus principios, la idoneidad como requisito de ingreso a la función pública, y la extinción del llamado a concurso.

El abordaje del concurso, que es un requisito no contemplado expresamente en la Constitución Nacional, pero sí en distintas constituciones provinciales y leyes de empleo público, representa la parte medular del libro, y el pormenorizado desarrollo que el autor dedica a este tema supera, a mi juicio, en calidad de análisis y acopio de fuentes, el tratamiento que, en general, la doctrina le ha dado hasta el momento.

Describe con detalle las distintas etapas de los concursos (llamado, publicidad, revocabilidad del llamado, inscripción, prueba de oposición, evaluación de antecedentes, entrevista, dictamen, orden de mérito) y define las pautas para tener en cuenta en la fase de evaluación, expresando su desacuerdo con los sistemas que confieren un puntaje desmesurado al tramo de la entrevista.

En esta parte del trabajo se destaca la importancia que el concurso tiene respecto del derecho a la carrera y a la garantía de la estabilidad, y llegado el momento de fijar una posición sobre el tema, el autor se inclina por los concursos abiertos para el ingreso, y los cerrados para el ascenso en la carrera.

En el tratamiento de este tema, se infiere que las bases fundamentales del concurso giran en torno de estas tres ideas: a) la correcta elaboración del perfil de funcionario que llenará la vacante en el cargo; b) la selección de las pautas que acrediten idoneidad según el cargo diseñado; c) la idoneidad e imparcialidad del jurado.

Otro aspecto destacable en esta segunda parte es el referido al concurso en los cargos electivos: ¿se podrán preseleccionar los candidatos a cargos electivos por concurso para garantizar su idoneidad? Y en caso afirmativo: ¿cómo ponderar las virtudes de buen manejo del gobierno por parte del seleccionado?

El autor recorre las distintas posiciones doctrinarias al respecto, entre ellas la del Dr. HORACIO ROSATTI, que alude a la responsabilidad institucional que cabe, en este punto, al partido político al cual pertenece el candidato.

Luego de analizar, en el capítulo cinco, los principios del concurso, el autor se aboca de lleno, en el capítulo sexto y a lo largo de setenta páginas, a la idoneidad, requisito constitucional de admisión en los empleos, que el autor remarca que debe ser probado, y que estudia en su relación con pautas tales como la igualdad, la ideología, la nacionalidad, la religión, el sexo, la edad, el lenguaje, las condiciones psicofísicas, la situación económica, los delitos penales.

Como bien subraya el Dr. BONATO en nota al pie de página, este requisito no fue contemplado expresamente en el proyecto de Alberdi, ni en la constitución de Estados Unidos, ni se lo menciona en los antecedentes patrios. Y se desconoce su origen con certeza, dado que el artículo fue aprobado en la sesión del 25 de abril de 1853 sin mediar debate al respecto. Podría conjeturarse que el término "idoneidad" es un giro literario incorporado en el proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales, en la que tuvieron un papel protagónico BENJAMÍN GOROSTIAGA y JUAN MARÍA GUTIÉRREZ, este último conocedor de las obras del escritor español MARIANO JOSÉ DE LARRA, quien pensaba: "Entre a gobernar no este ni aquel sino todo el que se sienta con fuerzas, todo el que dé pruebas de idoneidad".

En la tercera y última parte del trabajo, que comprende los capítulos ocho a diez, se analiza el aspecto impugnatorio en los concursos, tanto en sede administrativa (donde cabe destacar la atención que presta el autor al derecho de obtener "vista" de las actuaciones del concurso) como judicial, dedicando el último capítulo al estudio de los procedimientos urgentes en

materia de concursos, sobre todo las medidas cautelares y el juicio de amparo.

La obra culmina con un apéndice de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Cortes Nacionales y provinciales y otros tribunales superiores de provincia.

Concluyendo, cabe afirmar que estamos, sin duda, ante un trabajo de importancia, en el que la claridad expositiva y la solidez argumental son fortalecidas con la evidencia de una formidable investigación y una prolija selección de fuentes, constituyendo un valioso aporte en el campo del derecho administrativo.

En el convencimiento de que se trata de una obra digna de ser leída, anhelamos que la cuidada elaboración de este libro del Dr. MAURO BONATO incentive a otros jóvenes autores a seguir investigando este rico hontanar que es la función pública en un Estado de derecho.

HUGO DOMINGO

**VOCES: DERECHO DEL TRABAJO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - EMPLEADOS PÚBLICOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTRATO DE TRABAJO - EMPLEO PÚBLICO - DESPIDO - ESTADO**

## 2ª JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL 3ª JORNADAS RIOPLATENSES DE OBLIGACIONES Y DAÑOS "PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE DAÑOS"

26 y 27 de OCTUBRE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

Participarán expositores de Argentina, Uruguay, Colombia, Perú, Brasil y Chile



### JUEVES 26 DE OCTUBRE

#### 9:30 - Apertura. Auditorio Mons. Derisi

Dr. Daniel Herrera (Decano Facultad de Derecho)

Dr. Fernando Ubiría (Director de la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas)

#### 9:30/11:00 - Primer Panel - Modera: Fernando Ubiría

Marcelo López Mesa (ARG): "¿Se ha unificado verdaderamente la responsabilidad civil en el nuevo CCyCom?"

Alejandro Borda (ARG): "Diferencias que subsisten entre la responsabilidad contractual y extracontractual, con especial énfasis en la responsabilidad preventiva"

Carlos De Cores Helguera (URU): "En torno a la función preventiva y los daños punitivos en la responsabilidad civil"

#### 11/12:30 - Segundo Panel - Modera: Emiliano Lamanna Guiñazú

Jorge Oviedo Albán (COL): "La mitigación de daños por incumplimiento en los contratos de compraventa internacional de mercaderías"

Daniel Ugarte Mostajo (PER): "La Mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú"

José Maximiliano Rivera Restrepo (CHI): "El deber de prevención y mitigación del daño en materia contractual"

### Receso

#### 14:30/16:00 - Sala B - Tercer Panel - Modera: Valeria Moreno

Daniel Guffanti (ARG): "Superación de la denominación responsabilidad contractual y extracontractual"

Gabriel Fernández Fernández (URU): "Responsabilidad contractual y extracontractual: ¿están justificadas las diferencias de régimen jurídico entre una y otra?"

Adolfo Weggman Stockebrand (CHI): "La acción por provecho del dolo ajeno en el derecho civil chileno"

Javier Berdaguer (URU): "Preservación de la imagen y resarcimiento de daños. Perspectiva desde la jurisprudencia uruguaya"

#### 14:30/16:00 - Sala D - Cuarto Panel - Modera: Matilde Pérez

Silvia Tanzi (ARG): "Consecuencias extrapatrimoniales y el deber de reparar"

José Francisco Carreón Romero (PE): "¿Es resarcible el daño a la vida? Análisis doctrinario y jurisprudencial"

Gerardo Caffera (URU): "Contradicción en la idea de reparación integral (plena) del daño"

Carlos Calvo Costa (ARG): "El daño resarcible y la problemática en torno a su cuantificación"

### 16-16.30 h: Coffee Break

#### 16:30/17:30 - Sala B - Quinto Panel - Modera: Federico Cerafia

Jaime Berdaguer (URU): "La reparación del daño en la responsabilidad precontractual"

Fernando Gandini (COL): "La generación de riesgos a través de la actividad contractual"

Víctor Núñez Calderón (PER): "Los deberes precontractuales de información y de mitigación del riesgo. Aproximación crítica al régimen de incentivos de la lealtad negocial en Perú"

#### 16:30/17:30 - Sala D - Sexto Panel - Modera: Marcelo Pafundi

Carlos de Cores Damiani (URU): "La denominada función preventiva de la responsabilidad civil. Una crítica a su ubicación dogmática"

Fernando Marcos (ARG): "La prevención del daño y su impacto en la responsabilidad de los administradores de sociedades"

Rodrigo Rockenbach (BRA): "Principio de precaución a la luz de los regímenes argentino y brasileño"

### 17:30-18 Coffe Break

#### 18/19:00 - Sala B - Séptimo Panel - Modera: Alejandro Barletta

Luis Montesano (ARG): "La legitimación en la acción preventiva a la luz del principio de razonabilidad"

Pedro Mollura (ARG): "La genealogía de los procesos colectivos de daños a la luz de la actualidad social argentina"

Franco Melchiori (ARG): "Matices de la causalidad en la dimensión preventiva"

#### 18/19:00 - Sala D - Octavo Panel - Modera: Carlos Fossaceca

Marcelo Urbaneja (ARG): "La tutela preventiva a través de las publicidades registral, posesoria y cartular"

Ignacio Alterini (ARG): "La evitación de daños y los límites de los poderes de hecho"

Carolina Rosas (ARG): "Manifestaciones de la prevención en los Derechos Reales"

### VIERNES 27 DE OCTUBRE

#### 9/10:30 - Noveno Panel - Modera: Fernando Ubiría

#### Aula 204 Edificio San José

Verónica Melo (ARG): "Uvestero D: ¿aplicación tardía del principio precautorio?"

Raúl Gamarra (URU): "El principio de precaución en la jurisprudencia uruguaya (caso de graves daños al consumidor de medicamentos)"

Beatriz Venturini y Marcela Tabakian (URU): "La prevención del daño en el derecho uruguayo"

Alejandro Ariza Aguilar (COL): "Prevención y desarrollo. Una mirada metajurídica"

### 10:30/11 h Coffee Break

#### 11/12:30 - Décimo Panel - Modera: Gustavo Atta

Cora Macoretta (ARG): "La prevención y reparación de daños en los riesgos del trabajo"

Alejandro Andrada (ARG): "Responsabilidad del Estado"

Alejandro Chamatrópulos (ARG): "Inteligencia artificial y deber de prevención de daños"

Marcelo Quaglia (ARG): "El deber de información y la prevención del daño"

### Receso

#### 14:30/19 h - Aula 307 - Edificio Tomás Moro - Comisión de Alumnos

Moderadores: Miguel Sumer Elías (ARG), Darío Veltani (ARG), Gustavo Atta (ARG), Felipe Videla (ARG), Federico Cerafia (ARG), Franco Raschetti (ARG), Miriam Ayala (ARG), Alejandra Berton (ARG), Carlos de Cores Helguera (URU), Carlos de Cores Damiani (URU), Alejandro Ariza Aguilar (COL), Daniel Ugarte Mostajo (PER)



DerechoUCAOficial



@derehouca



derehouca