

Doctrina

La verosimilitud del ámbito cautelar en cuestiones de jurisdicción internacional



Christian H. Ferrairone

Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad FASTA de Mar del Plata. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AAD). Especialista en Magistratura (UNSAM). Abogado Diplomado en Derecho Civil (CCJ La Pampa). Relator de la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata.

SUMARIO: I. Introducción.— II. La verosimilitud del derecho en el ámbito cautelar.— III. Cuestiones de jurisdicción internacional que requieren un análisis de verosimilitud.— IV. Conclusión.

I. Introducción (*) (**)

La jurisdicción internacional es, junto al derecho aplicable y la cooperación jurisdiccional internacional en sus diferentes niveles, el pilar fundamental en el que se asienta el Derecho Internacional Privado.

En los fundamentos del Anteproyecto al Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.) se indicó que el Derecho Internacional Privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos, motivo que ha llevado a prever ciertas normas de jurisdicción internacional de naturaleza federal —tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1)—, pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros.

La jurisdicción internacional supone, entonces, un caso con elementos extranjeros (*caso mixto o multinacional*) y su función radica en determinar cuál será el Estado cuya jurisdicción deba entender en su solución según sus propias normas de distribución de competencia (*materia, territorio, grado, etc.*). Se diferencia de la denominada jurisdicción interna que es la que determina, según las reglas procesales propias del Estado, la incumbencia de la jurisdicción para intervenir en los casos que no tienen elementos extranjeros.

En dicho esquema, quienes desempeñan la magistratura en el proceso resultan de vital importancia, pues ejercen la función jurisdiccional como integrantes del Poder Judicial (2), cuya tarea es resolver conflictos de intereses, en su calidad de terceros imparciales (3), ante casos con elementos extranjeros o multinacionales.

Los poderes radicados en la jurisdicción que ejerce la judicatura puede clasificarse en cuatro grupos (4): a) *poder de decisión*, por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados; b) *poder de coerción*, por el cual se imponen sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia; c) *poder de documentación, investigación o instrumentación*, referido a las facultades que recibe la judicatura para conformar el expediente y; d) *poder de ejecución*, por el cual la fuerza pública tiende a resolver el mandato judicial, o el cumplimiento de una obligación documentada, liminarmente fehaciente y precisa.

Dentro del cúmulo de facultades que las normas de rito otorgan a la judicatura se encuentran aquellas que le permiten el dictado de medidas cautelares (5) que aseguren el resultado final del proceso con el dictado de la sentencia correspondiente.

En ocasiones, incluso, ese “poder cautelar” que les concede la jurisdicción puede ordenarse o dictarse en un Estado y hacerse efectivo en el territorio de otro Estado; en este caso dicha

medida tiene un tinte de internacionalidad que se manifiesta en el ámbito del denominado “auxilio o cooperación jurisdiccional internacional” y que nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna ha previsto en el art. 2603 del Cód. Civ. y Com., norma cuyos alcances he analizado en un anterior trabajo (6).

Pero volviendo al ámbito doméstico, el dictado de tales medidas está sujeto a una serie de presupuestos compuestos por la *verosimilitud en el derecho* y el *peligro en la demora*.

En lo que aquí interesa, nos centraremos en el primero de los recaudos (*verosimilitud en el derecho*), pues veremos luego como la judicatura deberá, a nuestro entender, efectuar un razonamiento análogo al que corresponde en el ámbito cautelar, pero en aspectos puntuales de Derecho Internacional Privado que pueden presentarse en cuestiones relacionadas con la jurisdicción internacional.

II. La verosimilitud del derecho en el ámbito cautelar

En el estudio sobre la admisibilidad de toda medida cautelar se analiza la concurrencia de dos presupuestos básicos que son la “verosimilitud en el derecho invocado” o *fumus boni iuris* y un legítimo interés en obrar proveniente del estado de peligro en el cual se encuentra el

derecho principal denominado “peligro en la demora” o *periculum in mora*.

La verosimilitud en el derecho es un presupuesto básico, pues implica la apariencia del derecho invocado —*no su certeza absoluta*—, para lo cual quien peticiona la medida cautelar debe acreditar la existencia de un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que oportunamente se dicte reconocerá el derecho en que funda su pretensión (7).

Se trata, entonces, de la verosímil presunción *prima facie*, mediante un conocimiento sumario, de que lo que se dice es probable o que la demanda aparece como destinada al éxito —*sin prejuzgar sobre el fondo del asunto*—, de manera que lleve convicción a la judicatura acerca de su apariencia (8).

Es decir, la verosimilitud está regida por la apariencia que presenta el pedido respecto de la probabilidad de obtener una sentencia estimatoria de la pretensión del proceso; es la probabilidad de que el derecho exista, pero no como una incontestable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite (9).

Se tiende a proteger un derecho que todavía no es cierto, líquido y consolidado, sino tan solo probable y aun dudoso; es decir, un derecho incipiente donde la demanda debe aparecer como destinada al éxito (10) o, al menos, tenga chance de lograrlo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El presente artículo se basa en el trabajo presentado y aprobado en el seminario “El Derecho Internacional Privado argentino a cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial”, organizado conjuntamente por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho - UBA) y por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho - UNC - CONICET), bajo la dirección de las profesoras Dras. Luciana B. Scotti (UBA) y Candela Villegas (UNC - CONICET).

(**) “... la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud...” Piero Calamandrei (1889-1956), notable jurista y procesalista italiano, la frase es un extracto de su obra, traducida al castellano por Ayerra Merín, Marino, “Introducción al estudio sistemático de

las providencias cautelares”, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, 1ª ed., p. 77.

(1) CS, “Peyrú, Diego A. s/ pedido de extradición embajada de la República de Chile”, 23/02/1995, Fallos: 318:108; “Exportadora Buenos Aires Sociedad Anónima c. Holyday Inn’s Worldwide Inc.”, 20/10/1998, Fallos: 321:2894; “Gay, Camilo y otros c. Shaban, Imad Mahmoud Mohammad y otro”, 19/08/1999, Fallos: 322:1754; “Martorana, Ricardo O. c. International Business Machines Corporation y otros”, 30/05/2001, disidencia del Dr. Antonio Boggiano, Fallos: 324:1761; “Sniafa SAICFEI c. Banco UBS Ag, y otro s/ sumario”, 14/09/2004, Fallos: 327:3701; “García Badaracco, Susana c. García Badaracco, Ricardo”, 23/12/2004, disidencia del Dr. Antonio Boggiano, Fallos: 327:5826; “Bear Service SA c. Cervecería Modelo SA de CV”, 05/04/2005, Fallos: 328:776.

(2) CAMPS, Carlos, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., t. I, ps. 15.

(3) ARAZI, Roland, “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, 1ª ed., t. I, p. 26.

(4) GOZÁLNI, Osvaldo, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., t. I, ps. 185-186.

(5) Utilizamos la expresión “cautelar” en su sentido tradicional pues junto a la clásica tutela jurisdiccional cautelar ha surgido —con requisitos más estrictos— la denominada jurisdicción de anticipación y los llamados procesos o soluciones urgentes, entre estos últimos la llamada “medida autosatisfactiva”, conceptos todos ellos abarcados por lo que se denomina “función jurisdiccional precautel”, la cual tiende a prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir

un riesgo o peligro; es dable aclarar que si bien la medida autosatisfactiva opera en casos de urgencia, no es de naturaleza cautelar.

(6) FERRAIRONE, Christian H., “La jurisdicción cautelar del derecho internacional privado en el art. 2603 del Cód. Civ. y Com.”, ED 278, 2018, ps. 612-621.

(7) ARAZI, Roland, ob. cit., t. II, p. 117.

(8) DE LÁZZARI, Eduardo N., “Medidas Cautelares”, Librería Editora Platense, La Plata, 2006, 2ª ed., t. I, ps. 23-30.

(9) FALCÓN, Enrique M., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, 1ª ed., t. IV, ps. 108-109.

(10) MORELLO, Augusto - SOSA, Gualberto - PASSI LANZA, Miguel - BERIZONCE, Roberto, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. y de la Na-

Nota a fallo

Daños causados por decisiones administrativas

Escribano removido del Registro Notarial. Innecesariedad de agotar la vía administrativa. Excepción de falta de legi-

timación para obrar opuesta por la Provincia de Tucumán. Rechazo. Principio de tutela judicial efectiva y principio *in dubio pro actione*.

CContenciosoadministrativo, Tucumán, sala I, 03/12/2020. - B., J. C. c. Provincia de Tucumán y otro s/ Daños y perjuicios. 4

Atenuación de las prerrogativas de la Administración en pos de la tutela judicial efectiva de los particulares

Un fallo esperanzador
Clementino Colombes Garmendia

En el mismo sentido, la Corte Federal ha manifestado que la concesión de medidas cautelares no exige de la judicatura el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud, ya que el juicio de la verdad en esta materia se opondría a la finalidad misma del instituto, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro de cuyos márgenes agota su virtualidad (11).

No obstante, se debe diferenciar las nociones de posibilidad, verosimilitud y probabilidad; posible es lo que puede ser verdadero, verosímil es lo que tiene la apariencia de ser verdadero y probable es lo que se puede demostrar como verdadero en sentido razonable, pues no creerlo sería contrario a la razón; dichas nociones, en el orden dado, constituyen una gradual aproximación hacia el reconocimiento de lo que es verdadero (12).

De esa manera, a nuestro juicio, el tribunal efectúa, mediante una cognición más expeditiva y superficial que la ordinaria, un juicio o cálculo de probabilidades sobre una hipótesis —no una certeza— en cuanto a los hechos narrados, el derecho invocado por el requirente de la medida y las posibilidades de éxito que pueda tener, pues será solo cuando se dicte la sentencia, que se constatará si la hipótesis presentada se correspondía con la realidad (13).

En otras palabras, el tribunal efectúa un cálculo de probabilidades donde sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho (14) o tenga en cuenta las probabilidades de éxito sobre la base de las certezas objetivas que surgen de los hechos y el derecho, *prima facie*, aplicable (15).

Luego de estas consideraciones, pasemos a analizar cómo se aplica dicho esquema de razonamiento en cuestiones puntuales de jurisdicción internacional.

III. Cuestiones de jurisdicción internacional que requieren un análisis de verosimilitud

III.1. La litispendencia internacional

Los diferentes procesos pueden estar vinculados por identidad o conexidad; y ello es así, pues la jurisprudencia y doctrina distinguen la *litispendencia propia* o *por identidad* de la *litispendencia impropia* o *por conexidad*.

En el mismo sentido, la Corte Federal formula la distinción entre ambas al señalar que la litispendencia procede cuando se configura la triple identidad de sujeto, objeto y causa, o bien cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios, caso en el cual la solución se logra, habida cuenta de razones de conexidad, por medio de la acumulación de procesos (16).

En lo que aquí interesa, el primer párrafo del art. 2604 del Cód. Civ. y Com. dispone que, ante el inicio de una acción previa y pendiente de decisión en el extranjero, con identidad de sujeto, objeto y causa, la judicatura argentina debe suspender el juicio en trámite iniciado ante él “(...) *si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento* (...)” (el destacado me pertenece).

Por ende, la suspensión procede si: *a)* se configura la triple identidad; *b)* el proceso se ha iniciado en el extranjero, de manera previa, y se encuentra pendiente de resolver; y; *c)* que eventualmente dicha decisión pueda ser objeto de reconocimiento.

De esa manera, la norma recepta la litispendencia propia o por identidad —y *considero que también la impropia o por conexidad* (17)— y adopta la prioridad temporal como regla para dirimir la concurrencia de jurisdicciones en caso de que la autoridad judicial extranjera no haya aún dictado sentencia.

La judicatura, como recaudo necesario para la suspensión, deberá evaluar si hay identidad entre los procesos y si es previsible que la decisión extranjera podrá ser objeto de reconocimiento en nuestro país; en este último recaudo es donde entra en juego lo que hemos esbozado en el apart. II, pues que la judicatura deberá efectuar un cálculo de probabilidades, mediante el análisis de los requisitos del art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com. sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras —y *similares provinciales*— y determinar si puede llegar a configurarse lo que denomino, utilizando analógicamente la terminología del ámbito cautelar, la “*verosimilitud del reconocimiento*” de esa sentencia extranjera (18).

Es decir, no se trata de analizar la certeza, sino la apariencia, de manera que exista un alto grado de probabilidad de que la sentencia extranjera dictada oportunamente sea pasible de reconocimiento en nuestro país; y ello no resulta un dato menor, pues puede habilitar a la judicatura a la continuación del proceso en nuestro país si la sentencia que se dicte en el extranjero no fuera pasible de reconocimiento.

Podríamos sostener, entonces, que a mayor verosimilitud de reconocimiento o probabilidad que la sentencia sea reconocida en nuestro país, mayor será la posibilidad de suspender el proceso en trámite ante nuestros tribunales; a la inversa, cuanto menor sea la verosimilitud o probabilidad indicada, mayor será la posibilidad de reanudar el trámite del proceso iniciado ante nuestros tribunales.

Así, en los casos que *prima facie* la materia discutida corresponda al ámbito de la juris-

dicción exclusiva de la judicatura argentina, establecida por el art. 2609 (19) del Cód. Civ. y Com., fuera manifiesta la vulneración al orden público de nuestro derecho o el quebranto a la garantía de defensa en juicio, la judicatura no deberá suspender el proceso, pues ese eventual reconocimiento encontraría obstáculo en los elementos descriptos.

La importancia de lo expuesto salta a la vista en el segundo párrafo del art. 2604 cuando establece los casos en que corresponde que el proceso continúe el trámite en el país y se deje sin efecto la suspensión ordenada: *a)* si el tribunal extranjero declina su competencia; *b)* si el proceso extranjero se extingue sin expedirse sobre el fondo del asunto o; *c)* *si dictada la sentencia, esta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país* (el destacado me pertenece).

Es decir, el proceso se reanuda si por cualquier circunstancia llega a conocimiento del tribunal extranjero la existencia del proceso en nuestro país y se aparta de su conocimiento, si se desiste de la acción, se declara la caducidad de instancia o si efectuado el denominado análisis de “*verosimilitud del reconocimiento*”, la judicatura argentina concluye que la sentencia dictada —o, *agrego, a dictarse*— en el extranjero no podrá ser reconocida en nuestro país.

III.2. El arraigo en juicio

El art. 2610 del Cód. Civ. y Com. establece la igualdad de trato procesal y no discriminación entre los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero y los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina para efectuar sus reclamos ante nuestros tribunales; de esa manera, se garantiza el debido acceso a la tutela judicial efectiva, garantía de rango constitucional en nuestro sistema jurídico (*arts. 18, 20 y 75, inc. 22 de la CN*) y dicha igualdad no se limita a las personas humanas sino también a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo con las leyes de un Estado extranjero.

La igualdad citada supone la exclusión de eventuales discriminaciones respecto a la capacidad procesal, el otorgamiento de los auxilios necesarios ante la carencia de recursos económicos en idénticas condiciones que se otorgan al litigante local y la exclusión de imponer al extranjero cauciones o depósitos para acceder a los tribunales (20).

De los propios fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. se menciona que “(...) Las reglas relativas a la igualdad de trato... colocan a nuestra legislación de fuente interna en una línea de gran afinidad con el Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (...)”.

A ello puede agregarse lo dispuesto en el art. II (21) de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 2º (22) y 7º (23) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 24 (24) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, el art. 2.2 (25), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 14.1 (26) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2.1 (27) de los principios de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (en adelante, ASADIP).

La lectura textual del art. 2610 nos llevaría a concluir que se deja sin efecto el instituto del arraigo o *cautio iudicatum solvi*, previsto como excepción dilatoria en el art. 348 del Cód. Proc. Civ. y Com., ya que sigue la misma tendencia de las fuentes convencionales de manera que no se le podría exigir ninguna garantía, caución o depósito de carácter pecuniario a una persona humana o jurídica por su sola calidad de ciudadano o residente en el extranjero.

El art. 348 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone que “(...) Si el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República, será también excepción previa la del arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda (...)”.

La institución del arraigo en juicio o *cautio iudicatum solvi* consiste, entonces, en permitir al demandado obligar al actor desarraigado a que preste una fianza que asegure el pago de las costas en las cuales a lo mejor sea condenado (28).

Dicha garantía o fianza depende de la apreciación judicial y puede consistir en depósitos de dinero, hipoteca, prenda o fianza personal, etc., pero debe ser proporcionado al valor del reclamo formulado en la demanda y considerando los gastos y honorarios cuyo pago puede originar el juicio al demandado (29).

Ahora bien, ¿El art. 2610 del Cód. Civ. y Com. elimina sin más el arraigo? Si bien compartimos la loable finalidad perseguida por la citada norma, considero que ambas disposiciones de rito y de fondo deben interpretarse conjuntamente, pues un excesivo celo en observar una igualdad de trato procesal y no discriminación al extranjero puede terminar provocando un trato desigual y discriminatorio “a la inversa” respecto del litigante nacional o extranjero que se encuentra domiciliado y tiene bienes inmuebles en nuestro país; tal solución, sin duda, quebranta el principio de igualdad previsto por el art. 16 de la Carta Magna.

Es decir, el principio sentado en el art. 2610 no debe interpretarse de manera absoluta (30), pues llevaría al inicio de reclamos temerarios o manifiestamente improcedentes, “aventuras jurídicas”, a sabiendas de que no se respondería

ción”, Ed. Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, 1ª ed., t. III, ps. 60-61.

(11) CS, “Albornoz, Evaristo c. Nación Argentina”, Fallos 306:2060; “Ulla, Decio Carlos Francisco c. Provincia de Santa Fe”, Fallos 322:2272.

(12) BACRE, Aldo, “Medidas Cautelares”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., p. 80.

(13) RAMÍREZ, Jorge O., “Medidas Cautelares”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, 1ª ed., ps. 3-4.

(14) PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., 6ª reimp., t. VIII, p. 32.

(15) GOZAÍNI, Osvaldo, ob. cit., ps. 640-641.

(16) CS, Fallos 327:2746, “Exolgan SA c. Distribuidora Química SA s/ daños y perjuicios”, 27/06/2004; “Caja Complementaria de Previsión para la actividad docente c. San Juan, Provincia de s/ ejecución fiscal”, C. 3491. XLII. ORI, 06/05/2008; “Obra Social para la Actividad Docente c. Jujuy, Provincia de s/ ejecución fiscal”, O. 236. XLIX. ORI, 15/10/2015.

(17) FERRAIRONE, Christian H., “La litispendencia internacional en el art. 2604 del Cód. Civ. y Com.”, Revista del Cód. Civ. y Com., Ed. La Ley, julio 2019, ps. 211; AR/DOC/1653/2019.

(18) FERRAIRONE, Christian H., artículo citado.

(19) “(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina (...)”.

(20) SCOTTI, Luciana, “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Internacional Privado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 105.

(21) “(...) Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna (...)”.

(22) “(...) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país indepen-

diente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía (...)”.

(23) “(...) Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación (...)”.

(24) “(...) Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (...)”.

(25) “(...) Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)”.

(26) “(...) 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por conside-

raciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. (...)”.

(27) “(...) Los Estados otorgarán a los litigantes extranjeros o con residencia foránea los mismos derechos que le confieren a sus nacionales o residentes. No es compatible con el derecho de acceso a la justicia exigir cauciones o garantías a los ciudadanos extranjeros o residentes foráneos cuando dicha exigencia no tenga otro fundamento que la ciudadanía extranjera, el domicilio o residencia en el extranjero, o cumplir con reglas de reciprocidad (...)”.

(28) GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 10ª ed., p. 831.

(29) PALACIO, Lino E., ob. cit., t. VI, ps. 125-126.

(30) SAUCEDO, Ricardo, comentario art. 2610 del Cód. Civ. y Com., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado”, Eduardo Clusellas (coord.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. 8, p. 826.

luego por los gastos que dichos procesos pudieran irrogar, como sí deben hacerlo quienes se domicilian en nuestro país, sean estos nacionales o extranjeros; recordemos que los derechos deben ejercerse de buena fe y la ley no ampara su ejercicio abusivo (*arts. 9º y 10 del Cód. Civ. y Com.*).

Por el contrario, creemos que la norma en comentario resulta absolutamente útil cuando estamos frente a una demanda manifestamente admisible y *prima facie* justificada y se opone la excepción de arraigo, pues en este caso será lícito rechazar dicha defensa al considerarse abusiva su interposición (31).

Es que el arraigo tiene una naturaleza eminentemente cautelar (32) que no debe quedar sujeta a un rígido formalismo abstracto, sino que debe analizarse según las circunstancias de cada caso y no debería imponerse, v.gr., a quien se vio obligado a interponer la demanda ante nuestros tribunales, sea por una prórroga de jurisdicción previamente acordada, o porque la jurisdicción argentina es exclusiva (33).

En todo caso, y volviendo al objeto del presente trabajo, la judicatura, ante la ausencia de bienes inmuebles o domicilio en el país por parte del actor y la oposición de la excepción de arraigo por parte del demandado, deberá evaluar *prima facie* —considerando siempre el principio de igualdad de trato procesal y no discriminación que emana del art. 2610 del Cód. Civ. y Com.— mediante un cálculo de probabilidades lo que denomino, utilizando nuevamente y de manera análoga a la terminología del ámbito cautelar antes descripto, la “*verosimilitud de la procedencia*” de dicha demanda.

Al igual que lo sostenido en la litispendencia, podríamos sostener ahora que cuanto mayor sea la verosimilitud de la procedencia de la demanda, menor será la posibilidad de exigir el arraigo en juicio; a la inversa, cuanto menor sea la verosimilitud de la procedencia, mayor será la posibilidad de exigir el arraigo.

Es decir, no se trata de analizar la certeza sino la apariencia, de manera que exista un alto grado de probabilidad que la demanda pueda o no prosperar a los fines de exigir o no una garantía por los eventuales gastos y costas del proceso por parte del actor; por supuesto que sí existe un tratado internacional aplicable el margen de maniobra de la judicatura se limita, pues debe respetar dicho instrumento internacional, e incluso aplicarlo de oficio (34), según lo previsto por el art. 27 (35) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por nuestro país y considerada por la Corte Federal en el célebre caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros” (36).

Sin embargo, se debe tener presente que con posterioridad al citado fallo el mismo tribunal en autos “Fibraca Constructora SCA. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (37), “aclaró” que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucional, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.

En un precedente cercano (38), con cita del precedente “Fibraca”, la Corte reiteró que el art. 27 de la Carta Magna prescribe que el Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución; dichos principios, agrega, se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

De esa manera, si la judicatura, luego de evaluar la denominada “verosimilitud de la procedencia” de dicha demanda entiende que esta tiene un alto grado de probabilidades de prosperar y que el arraigo se ha interpuesto a los fines meramente dilatorios y obstructivos para vulnerar el principio de tutela judicial efectiva del actor, no caben dudas de que —sumado a lo fijado en instrumentos convencionales internacionales— el arraigo debe desestimarse sin más.

En caso contrario, si se advierte *prima facie* que la demanda es notoria y manifestamente improcedente y que no existe la “verosimilitud de procedencia” indicada, o que es una verdadera “aventura judicial”, debería admitirse dicha caución en resguardo del principio de igualdad y tutela judicial efectiva del demandado, ambos evidentes principios integrantes de nuestro derecho público constitucional, *so pena*, reitero, de plasmar un trato desigual y discriminatorio “a la inversa” respecto del litigante nacional o extranjero que se encuentra domiciliado y tiene bienes inmuebles en nuestro país.

Es notoria la importancia en este caso de la “verosimilitud de la procedencia” para lo cual entiendo que debe existir, entonces, un diálogo de fuentes entre la norma de rito y la norma sustancial (*art. 348 del Cód. Proc. Civ. y Com. y art. 2610 del Cód. Civ. y Com.*) tal como lo establece el art. 1.2 de los Principios ASADIP cuando dispone que en los litigios transnacionales la interpretación jurídica debe atender, entre otros principios, al principio del “diálogo de fuentes” e interpretación conforme a los derechos humanos por el cual la judicatura y demás operadores jurídicos interpretarán las normas substantivas y procesales no solo en función de su texto, sino atendiendo también a sus finalidades, teniendo en cuenta estos Principios y su coherente aplicación con los que informan el derecho internacional de los derechos humanos y los valores que inspiran la generalidad de las constituciones modernas; las antinomias

que pueda presentar esta diversidad de fuentes procurarán resolverse mediante una interpretación que las coordine y armonice en la medida de lo posible.

Es esta, en nuestro entender, la correcta interpretación armónica que debe darse entre el art. 348 del Cód. Proc. Civ. y Com. y el art. 2610 del Cód. Civ. y Com. a partir del concepto de “verosimilitud de procedencia” de la demanda.

III.3. Arbitraje. Aplazamiento del reconocimiento y/o ejecución del laudo ante su pedido de nulidad o suspensión

En materia de jurisdicción internacional indirecta, el art. 519 bis (39) del Cód. Proc. Civ. y Com. establecía la forma de ejecución de los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros; dicha norma fue derogada por el art. 107 (40) de la ley 27.449 sobre Arbitraje Comercial Internacional cuyos arts. 102 a 105 regulan ahora el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

En lo que aquí interesa, y respecto específicamente al art. 105, cabe predicar lo que se viene exponiendo de la verosimilitud respecto al requerimiento de “garantías apropiadas” para los casos de pedidos de aplazamiento de reconocimiento o ejecución del laudo ante su planteo de nulidad o suspensión en los términos establecidos por dicha norma.

La norma citada establece que si se solicita “(...) a un tribunal de los previstos en el apart. V) del inc. a) del art. 104 la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, ordenar también a la otra parte que dé garantías apropiadas (...)” (el destacado me pertenece).

A su vez, el mencionado art. 104, en su apart. V del inc. a) establece que “(...) Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: ... a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: ... V. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo (...)”.

De esa manera, se faculta al tribunal del reconocimiento o ejecución a ordenar al impugnante del laudo que otorgue “garantías apropiadas”; es decir, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, ordenar también a la otra parte que dé garantías apropiadas (41).

El término “garantías apropiadas”, entiendo, haría referencia a algún tipo de caución en juicio para lo cual podemos recurrir, análogamente, al art. 199 del Cód. Proc. Civ. y Com. y

similares provinciales, ante los presuntos daños que, eventualmente, podría causarle al requirente o ejecutante aplazar el trámite del reconocimiento o ejecución del laudo.

La judicatura deberá evaluar (42), de corresponder, la graduación de dicha garantía y fijarla de manera juratoria, personal o real, en función del grado de la eventual responsabilidad de aquel que peticiona el aplazamiento y que es contra quien se invoca el laudo.

La *caución juratoria* es la brindada por el peticionario en el expediente judicial por la cual manifiesta que se hace cargo de los daños y perjuicios; la *caución personal* se configura en los casos que un tercero se hace cargo, mediante fianza o aval, de la responsabilidad consecutiva afectando todo su patrimonio, es el caso v.gr., de instituciones bancarias o personas de acreditada responsabilidad económica, según reza la última parte del art. 199 del Cód. Proc. Civ. y Com.; finalmente, la *caución real* importa afectar un bien o bienes determinados (*embargo de inmuebles, depósito de acciones de sociedad o sumas de dinero, constitución de prendas o hipotecas, etc.*) a las resultas de la eventual responsabilidad (43).

Sobre el tópico, Boggiano entiende que el “pedido de garantías” a que alude el art. 105 debe aplicarse con sumo cuidado, pues si la nulidad del laudo es evidente, no deberían requerirse garantías; sostiene el citado autor que todo dependerá de la manifiesta o inmanifiesta nulidad (44).

En la misma senda, entiendo que lo desarrollado en apartados anteriores resulta también aplicable a este supuesto, ya que, en definitiva, el tribunal ante quien se solicita el aplazamiento del reconocimiento o la ejecución podrá disponerlo y exigir garantías apropiada, si lo considera o no procedente, en la medida de la menor o mayor “verosimilitud” de la prueba respecto a la nulidad o suspensión dispuesta por el tribunal o la judicatura del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado el laudo.

Si la judicatura o el tribunal advierte de la prueba presentada, *prima facie* y de manera verosímil —según los alcances expuestos en el acáp. II—, que efectivamente se ha declarado la nulidad o dispuesto la suspensión del laudo, debe: a) aplazar su decisión sin exigir caución o “garantía apropiada” alguna a la parte contra la cual se invoca el laudo o, a la sumo, fijar una caución meramente juratoria; b) en caso contrario, ante una verosimilitud reducida o no tan robusta podrá también aplazar la decisión pero exigir, si lo estima pertinente, las garantías que fija la norma, según las clases de caución expuestas en función de la eventual responsabilidad por los daños; c) directamente, ante la ausencia total de verosimilitud, rechazar el pedido de aplazamiento y seguir adelante con el trámite de reconocimiento y ejecución.

En dicho decisorio, el tribunal deberá tener como guía el respeto al debido proceso, la igualdad de las partes y hacer uso de las facultades disciplinarias y sancionatorias que otorgan los arts. 35 (45)

(31) GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit., p. 861.

(32) WEINBERG, Inés M., “Derecho Internacional Privado”, Ed. Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, 3ª ed., p. 88.

(33) BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., t. I, p. 395.

(34) CS, “Salot, Jean Françoise Raymond c. Mase, Susana s/ nulidad de matrimonio - ordinario”, 15/05/2001, Fallos: 324:1590, “(...) El sentenciante no puede prescindir de lo dispuesto en la Convención sobre Procedimiento Civil adoptada el 1º de marzo de 1954 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado —Ley 23.502—, la que debe aplicarse aun de oficio, interpretando la cuestión fáctica planteada de un modo compatible con el compromiso internacional asumido por la República al dictarla (...)”.

(35) “(...) Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.

(36) CS, 07/07/1992, Fallos 315:1492, en el citado precedente el Alto tribunal destaca que la prioridad de rangos del

derecho internacional convencional sobre el derecho interno integra el ordenamiento jurídico argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980. Agrega que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27. El mismo tribunal, más cercano en el tiempo, volvió a señalar, en autos “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 09/04/2019, Fallos 342:584, con cita del precedente “Ekmekdjian”, que en su rol de custodio último de los derechos y garantías constitucionales, no puede permanecer impasible ante la demora irrazonable que se advierte por no otorgar eficacia a un derecho, cuyo cumplimiento resulta exigible en cualquier etapa del proce-

so, máxime si ese derecho se encuentra consagrado no solo en nuestra Ley Fundamental, sino también expresamente en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22, de nuestra CN y que lleva insita la capacidad de irrogar responsabilidad, ante su incumplimiento, por parte del Estado argentino.

(37) CS, 07/07/1993, Fallos 316: 1669.

(38) CS, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14/02/2017, Fallos 340:47.

(39) “(...) Los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que: 1) Se cumplieren los recaudos del art. 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del art. 1º. 2) Las cuestiones que hayan constituido el

objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el art. 737 (...)”.

(40) “(...) Derógase el art. 519 bis del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (...)”.

(41) SCOTTI, Luciana B., “Nuevas perspectivas del arbitraje Comercial Interno e Internacional en Argentina. Con motivo de la entrada en vigor de la ley 27.449”, RCCyC, Ed. La Ley, Buenos Aires, octubre 2018, p. 3, AR/DOC/1766/2018.

(42) PALACIO, Lino E., ob. cit., t. VIII, p. 38.

(43) DE LÁZZARI, Eduardo N., ob. cit., ps. 115-122.

(44) BOGGIANO, Antonio, “Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (tercera parte)”, ED 279-2018.

(45) “(...) Para mantener el buen orden y decoro en los juicios, los jueces y tribunales deberán: 1) Mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos, salvo que alguna de las partes o tercero interesado solicite que no se lo haga. 2) Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso. 3) Aplicar las correc-

y 45 (46) del Cód. Proc. Civ. y Com., si advierte de la prueba presentada que la solicitud de aplazamiento resulta manifiestamente improcedente y ha sido efectuada con fines meramente dilatorios.

En ese sentido, se debe recordar que uno de los pilares fundamentales receptados en la ley 27.499, y que rigen el arbitraje, es el respeto al debido proceso, dentro del cual se encuentra el denominado principio de “igualdad de armas” expuesto en el art. 62 de la ley; dicha norma establece que el tribunal debe tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

De esa manera, el ejercicio de la autonomía de las partes no puede colocar a unas de ellas en una situación privilegiada de modo tal que se afecte el derecho al debido proceso (47).

ciones disciplinarias autorizadas por este Código, la ley orgánica, el Reglamento para la Justicia Nacional, o las normas que dicte el Consejo de la Magistratura. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este Código, se aplicará al que le fije la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hasta tanto dicho tribunal determine quiénes serán los funcionarios que deberán promover la ejecución de multas, esa atribución corresponde a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones. La

IV. Conclusión

El desarrollo del tema expuesto tiene por objeto propiciar el denominado “diálogo de fuentes” a los fines de salvaguardar, en definitiva, el respeto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, garantías de rango constitucional en nuestro sistema jurídico (arts. 18, 20 y 75, inc. 22 de la CN)

Se evidencia cómo puede aplicarse una noción del ámbito cautelar, “la verosimilitud en el derecho”, de manera útil ante supuestos particulares de jurisdicción internacional que se presentan en el ámbito del Derecho Internacional Privado y que han sido expuestos en el presente.

De esa manera, la judicatura, o el “cuerpo judicial”, como sostenía Nino, debe reelaborar

falta de ejecución dentro de los treinta días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de este, será considerado falta grave (...).”

(46) “(...) Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el

las normas que le ofrece el legislador, antes de aplicarlas a los casos concretos, para evitar interpretaciones limitativas, mediante el complejo de presupuestos y técnicas de argumentación suministrados por la ciencia jurídica (48).

Se anhela y propicia dicho diálogo y reelaboración para que no se formulen decisiones meramente dogmáticas y teóricas alejadas, o que no reflejan la realidad concreta de los justiciables y ciudadanos en general.

Cita on line: AR/DOC/1434/2021

Más información

Kielmanovich, Jorge L., “Medidas antiprocesos cautelares y de fondo”, Publicado en: LA LEY 23/04/2021, 1, AR/DOC/1035/2021

importe no podrá superar la suma de \$50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria. Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que

Martín, Facundo A., “Garantías constitucionales y el derecho a la estabilidad en la emergencia. Medidas cautelares y control judicial de la normativa”, LA LEY 09/03/2021, 4, AR/DOC/389/2021

Libro recomendado

Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado
Autor: Manili, Pablo Luis
Edición: 2021
Editorial: La Ley, Buenos Aires

manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso (...).”
(47) MINORINI LIMA, Ignacio J., “Notas sobre la ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional”, en: Juan Carlos CAS-SAGNE (dir.), *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 121, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, enero/febrero, 2019, p. 201.
(48) NINO, Carlos S., “Introducción al análisis del derecho”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, 2ª ed., 12ª reimp., ps. 295-305.

Nota a fallo

Daños causados por decisiones administrativas

Escribano removido del Registro Notarial. Innecesariedad de agotar la vía administrativa. Excepción de falta de legitimación para obrar opuesta por la Provincia de Tucumán. Rechazo. Principio de tutela judicial efectiva y principio *in dubio pro actione*.

- 1. - La excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto opuesta por la Provincia de Tucumán en los términos del art. 41, inc. 2º, Cód. Proc. Adm. Tucumán deviene inviable en procesos en los que no se persigue una restitución *in natura* de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente un resarcimiento de daños y perjuicios.
- 2. - El reconocimiento —*ex post*— de una indemnización por los daños derivados del acto administrativo, en la medida que no interfiere con la ejecución en especie del acto, se encuentra fuera de la órbita de aplicación del sistema de autotutela de las decisiones administrativas (en lo que aquí interesa, agotamiento previo de la vía administrativa y plazo de caducidad de la acción judicial) y por consiguiente escapa a los condicionamientos que dicho sistema supone para el particular.
- 3. - Exigir la impugnación en término del acto, con agotamiento de la vía, como condición para acceder a la indemnización (sustitutiva) de los daños provocados por el acto, supone extender los privilegios estatales más allá de los fines para los que fueron concebidos estos institutos.
- 4. - Admitir la posibilidad de oponer la excepción prevista en el art. 41, inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán, invocando la firmeza del acto administrativo, en un proceso judicial que no tiene por objeto el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de daños y perjuicios, supone una indebida aplicación extensiva de los privilegios estatales que conforman el sistema de autotutela de las decisiones administrativas (puntualmente, de la carga

de agotar la vía administrativa); privilegios que —por el contrario— deben ser aplicados con criterio restrictivo.

- 5. - La lectura sistémica e integral de las disposiciones del Código Procesal Administrativo de Tucumán (ley 6205), a la luz de los principios de tutela judicial efectiva y *pro actione*, lleva a concluir que el agotamiento previo de la vía administrativa y la caducidad de la acción judicial suponen necesariamente una pretensión de nulidad del acto administrativo que tenga por objeto revertir la situación jurídica subjetiva emanada del acto. Es decir que estos privilegios del Estado únicamente cobran vigencia y pueden tornarse operativos, cuando lo que el particular pretende ante la Justicia es restituir (*in natura*) lo que el acto administrativo modificó o extinguió.
- 6. - Si bien el art. 12 Cód. Proc. Adm. Tucumán consagra inicialmente el agotamiento de la vía administrativa (tanto para las pretensiones anulatorias como para requerir el cumplimiento de obligaciones u omisiones), la excepción contenida en el art. 13 inc. 2 deja en claro, sin hesitaciones, que aquel privilegio estatal solo tiene cabida cuando se pretende restituir *in natura* la decisión administrativa, no así cuando lo que se pretende no es el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva alterada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de los daños y perjuicios causados por el acto.
- 7. - La referencia a la pretensión de daños y perjuicios precedida del adjetivo calificativo “únicamente”, tanto en el art. 10 inc. 2 Cód. Proc. Adm. Tucumán, como en su art. 13 inc. 2, no puede sino interpretarse en el sentido de que el particular no pretende concomitantemente la anulación del acto (entendida como la restitución [*in natura*] de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, en los términos del art. 9 Cód. Proc. Adm. Tucumán), sino en forma exclusiva la indemnización sustitutiva, en cuyo caso no se encuentra alcanzado ni por la caducidad de acción ni por la carga de agotar la vía.
- 8. - Las excepciones previstas en los arts. 35, inc. 2, y 41, inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán constituyen el carril procesal que el ordenamiento jurídico acuerda a la Administración para que pueda incorporar al proceso,

como defensa, los privilegios instituidos por la ley en su favor: la caducidad de la acción (art. 9, Cód. Proc. Adm. Tucumán) o la falta de agotamiento previo de la vía administrativa (art. 12, Cód. Proc. Adm. Tucumán). Estas excepciones procesales únicamente resultan proponibles cuando la pretensión del actor tiene por objeto revertir lo que el acto decide (restituir *in natura* la situación jurídica subjetiva modificada por el acto), no así cuando la pretensión persigue exclusivamente una indemnización de daños y perjuicios de carácter sustitutivo.

- 9. - En un sistema constitucional en donde las libertades ciudadanas constituyen la regla (art. 19 de la Constitución Nacional), la aplicación de privilegios establecidos por vía de ley a favor del Estado merece un escrutinio riguroso. Máxime cuando dichos privilegios se encuentran en tensión con el principio de tutela judicial efectiva, en la medida que condicionan el acceso a un proceso judicial tendiente al reconocimiento de un resarcimiento por daños. Este esquema de cosas no admite una interpretación extensiva del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, que desborde los fines que razonablemente motivaron su establecimiento por ley.
- 10. - No existen razones de principio que impidan que el Código Procesal Administrativo de Tucumán (que es una ley en sentido material y formal) contenga disposiciones de derecho administrativo sustancial o de fondo. Máxime cuando el derecho administrativo pertenece a las materias reservadas por las provincias, dentro del esquema constitucional de distribución de competencias entre aquellas y la Nación (artículos 75 inciso 12 y 121 de la Constitución Nacional). Vale decir, cada provincia es competente para dictar sus normas de derecho administrativo, tanto sustancial como adjetivas.
- 11. - En la perspectiva renovada que imponen el principio de tutela judicial efectiva y el principio *in dubio pro actione* no luce plausible evadir sin más la aplicación de los arts. 10, inc. 2, y 13 inc. 2, Cód. Proc. Adm. Tucumán, so pretexto de su ubicación metodológica, pues ello implica prescindir del significado literal que surge de las normas; y omitir interpretarlas en forma tal que no suponga su lisa y llana inexistencia.

CContenciosoadministrativo, Tucumán, sala I, 03/12/2020. - B., J. C. c. Provincia de Tucumán y otro s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81737/2020]

Costas

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- San Miguel de Tucumán, diciembre 3 de 2020.

Considerando: I. Vienen los autos a conocimiento y resolución del Tribunal con motivo de la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor por haber quedado firme el acto administrativo (artículo 41 inciso 2º del CPA), opuesta por la representación letrada de la Provincia de Tucumán en ocasión de responder demanda en fecha 25/09/2020.

Manifiesta que del escrito de demanda se desprende que la acción planteada identifica claramente al Decreto N° 64/14 del 13/01/2013, como el acto dañoso, del cual pretende luego encontrarse el Factor de Imputación que comprometa la responsabilidad específica que se reclama a la Provincia de Tucumán.

Indica que, según reiterada doctrina legal de nuestra Corte Suprema local, la falta de oportuna impugnación del acto administrativo que se describe como lesivo, impide todo pronunciamiento judicial acerca de la concurrencia de antijuridicidad frente a una decisión administrativa que —dada su falta de impugnación oportuna— solo puede ser presumida legítima. Cita jurisprudencia en sustento de su posición.

Relata que la absoluta ausencia de impugnación oportuna en contra del pretenso acto lesivo torna improcedente la reclamación indemnizatoria fundada en el mismo acto que se realiza en la demanda, resultando ello un elemento dirimente a los fines de sellar la suerte de la causa, de conformidad a lo establecido por el artículo 41 inciso 2º del CPA.

Atenuación de las prerrogativas de la Administración en pos de la tutela judicial efectiva de los particulares

Un fallo esperanzador



Clementino Colombres Garmendia

Abogado (UNT) y cursante de la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNT. Secretario Relator de la Sala IIª de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los hechos del caso.— III. Análisis jurídico de la cuestión.— IV. Conclusión.

I. Introducción

A través del presente comentario se pretende abordar la ya repetida problemática que tiene que ver con uno de los caracteres del acto administrativo —como es la presunción de legitimidad— que, sumado a la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa previa, es invocada por el Estado como una limitación para que la garantía convencional del acceso a la justicia por parte de quien demanda una indemnización derivada de ese acto ilegítimo se efectivice.

O dicho en términos más llanos y formulado a modo del siguiente interrogante limitado al ámbito geográfico de la Provincia de Tucumán: ¿es necesario el agotamiento de la instancia administrativa fundado en la citada presunción de legitimidad para quien demanda únicamente por los daños y perjuicios derivados de un acto administrativo?

Desde ya adelantamos que el precedente que se comenta brinda una saludable respuesta negativa a esa pregunta, basada en una serie de principios y garantías constitucionales y convencionales que serán objeto de análisis en este comentario.

Para ello, se efectuará una descripción del marco teórico desde el cual se enfocará el asunto, y luego se analizará brevemente el caso “B.” (1) resuelto por la Sala I de la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán en el que se tocó la temática acá planteada.

Tal cuestión reviste importancia desde nuestra perspectiva, toda vez que en el ordenamiento procesal de Tucumán (2) expresamente se consagró la regla que indica que no habrá plazo para que el particular accione por demanda,

cuando reclame únicamente los daños derivados del acto ilegítimo; a la vez que exceptuó de la obligación de agotar la instancia administrativa previa para los casos en que el particular demande solamente por los daños y perjuicios derivados de una actuación estatal legítima o ilegítima (3).

Sin embargo, esta clara disposición procesal colisiona con otra normativa de fondo interna que entre los caracteres del acto administrativo incluye a la presunción de legitimidad (4); la que sirvió para que el más alto tribunal local sostuviera que esta última norma desplazaba a la primera. Y que por tal motivo era necesario el agotamiento de la instancia aun cuando el particular demandase al Estado únicamente por los daños y perjuicios derivados de un acto administrativo (5).

El mismo criterio del tribunal cimero fue seguido por las distintas Salas de la Cámara antes citada —no hace mucho tiempo— en pronunciamientos anteriores al que motiva este trabajo (6).

No obstante ello, hay casos, como el que aquí se comenta, en los que la actual jurisprudencia de Cámara entendió —con acertado criterio desde nuestra óptica— que la mentada presunción y el agotamiento de la instancia debían ceder ante la garantía convencional de la tutela judicial efectiva (cfr. art. 8.1 de la CADH) (7).

Cabe aclarar que debido a que para la fecha en que se efectúa este comentario la sentencia en cuestión fue impugnada mediante recurso de casación por la Provincia de Tucumán, deducido ante la Corte Suprema local, resta aguardar si el Alto Tribunal —con su renovada composición— seguirá sosteniendo la postura sustentada hace más de cuatro lustros en el precedente “Hernández Mesón”, citado *ut supra*.

II. Los hechos del caso

En su demanda el actor pretende derivar el perjuicio cuya reparación reclama a la Provincia de Tucumán, por el dictado del dec. 64/2014 del 13/01/2013, a través del cual se dispuso su remoción como Escribano Titular del Registro Notarial N° 25 de la Ciudad de San Miguel de Tucumán.

Es decir que su pretensión principal se circunscribe únicamente a reclamar los daños presuntamente provocados por el dictado del acto administrativo antes citado, de manera que resulta claro que no pretende revertir lo decidido en aquel decreto ni tampoco que se le restituya el registro notarial del cual fuera removido por el acto en cuestión.

Pese a la claridad del objeto de la demanda, la Provincia de Tucumán al contestar la acción incoada en su contra opuso la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor por haber quedado firme el acto administrativo (art. 41, inc. 2° del Cód. Proc. Adm.) (8). Alegó que del escrito de demanda se desprende que la acción planteada identifica claramente al dec. 64/2014 del 13/01/2013, como el acto dañoso, del cual pretende luego encontrarse el factor de imputación que comprometa la responsabilidad específica que se reclama al Estado provincial. Indicó que, según reiterada doctrina legal de la Corte Suprema local, la falta de oportuna impugnación del acto administrativo que se describe como lesivo impide todo pronunciamiento judicial acerca de la concurrencia de antijuridicidad frente a una decisión administrativa que —dada su falta de impugnación oportuna— solo puede ser presumida legítima.

Tal cual fue adelantado más arriba, el tribunal rechazó la excepción previa opuesta por la

Provincia de Tucumán y dispuso que el proceso siguiese su cauce normal hasta llegar al fondo del asunto.

III. Análisis jurídico de la cuestión

El asunto aquí debatido supone analizar la viabilidad de la facultad de oponer la excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, frente a una pretensión resarcitoria (es decir, que tiene por objeto una indemnización de daños y perjuicios), invocando para ello la firmeza del acto administrativo presuntamente generador del daño que se reclama.

En el estado actual de cosas, la cuestión planteada no puede abordarse sin sopesar la profunda penetración que han tenido, en forma transversal, los derechos humanos incorporados con rango constitucional en la reforma de la Carta Magna nacional operada en 1994 [en sentido concordante, el art. 24 *in fine* de la Constitución provincial de 2006 (9)]; y la innegable evolución que dicha penetración ha forzado en los institutos tradicionales de todas las disciplinas jurídicas, sin que el derecho administrativo pueda mantenerse ajeno a este fenómeno. Ello impone y torna ineludible una hermenéutica actualizada de aquellos institutos tradicionales, desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

En sentido coincidente a lo antes expuesto, calificada doctrina en la materia tiene dicho: “Aun cuando el nuevo paradigma ha impactado en forma transversal en todas las ramas del derecho, si nuestro ámbito de análisis es el Derecho Administrativo, es particularmente necesario llevar a cabo un test de compatibilidad entre el diseño y funcionamiento de sus instituciones con las exigencias de la normativa protectoria de los instrumentos internacionales de dere-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “B., J. C. c. Provincia de Tucumán y otros s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/81737/2020.

(2) El art. 10, inc. 2°, del Cód. Proc. Adm. Tucumán (Ley 6205), establece: “Salvo lo que corresponda particular en materia de prescripción, no habrá plazo para que el particular accione por demanda o recurso, cuando se pretenda únicamente el resarcimiento de daños y perjuicios, dejando subsistente el acto administrativo ilegítimo. En este supuesto, no será requisito de admisibilidad de la pretensión indemnizatoria la impugnación recursiva, en sede administrativa, del acto viciado, generador de los perjuicios que se aleguen”.

(3) El art. 13, inc. 2° del Cód. Proc. Adm. Tucumán expresamente dispone: “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior (necesidad del agotamiento de la instancia administrativa) aquellos casos en que el particular pretenda, frente a la administración pública, centralizada o descentralizada: Únicamente daños y perjuicios causados por actos o hechos administrativos, legítimos o ilegítimos, si el monto de la indemnización no estuviere determinado en norma legal o reglamentaria”.

(4) El art. 47 de la ley 4537 de Procedimiento Administrativo expresa: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad, salvo que estuviera afectado de un vicio que surja de él mismo; su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieran la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efecto, salvo que una norma expresa establezca lo contrario”.

(5) La CS Tucumán, en la causa “Hernández Mesón, Ma-

ría Luisa c. DIPOS s/ cobro de pesos”, Sentencia 900, del 30/10/2000, Fallos: 313:1513, expresó: “Como se advierte, en ambos supuestos (art. 10, inc. b y art. 13, inc. b del Cód. Proc. Adm. Tucumán) se trata de disposiciones de carácter netamente procesal, sin entidad para alterar las normas de fondo en la materia, como lo es el art. 47 de la ley 4537, modificado por ley 6311, que expresamente consagra la presunción de legitimidad del acto administrativo, cuya declaración de ilegitimidad no fue demandada judicialmente, lo que impide su revisión judicial y el consecuente acogimiento de las pretensiones originadas en su alegada ilegitimidad”.

(6) Así, a guisa de ejemplo, se expresó: “En la especie, al no haber demandado el actor la nulidad de la resolución 320/2013 del IPSST en sede judicial, y/o no habiendo obtenido previamente dicha declaración de nulidad, su pretensión indemnizatoria no encuentra posibilidad de progreso. Solo resta significar que, también de conformidad al criterio sentado por la CS Tucumán en las Sentencias 900/2000 y 552/2016, lo señalado hasta aquí no se ve influenciado por lo puesto por el art. 13, inc. 2° del Cód. Proc. Adm. Tucumán. Es que —en palabras del Alto Tribunal local— “... dicha norma refiere únicamente a los requisitos de habilitación de la instancia judicial, sin que pueda válidamente inferirse, de aquella, la procedencia de un reclamo patrimonial, en tanto el acto administrativo ilegítimo que las origina no sea invalidado; se trata, en suma, de una disposición de carácter netamente procesal, sin entidad para alterar la norma de fondo en la materia, como lo es el art. 47 de la ley 4537, modificado por ley 6311, que expresamente consagra la presunción de legitimidad del acto administrativo, cuya declaración de

ilegitimidad no fue demandada judicialmente, lo que impide su revisión judicial y el consecuente acogimiento de las pretensiones originadas en su alegada ilegitimidad”. Atento a lo categórico del criterio que sobre la materia han establecido, tanto la Corte Suprema Nacional como la Corte Provincial; y teniendo en vista que los Tribunales de grado tienen el deber de ajustar sus decisiones a los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia (CS Tucumán, Sentencia 158, 15/03/1996, “Albornoza, Estela del Valle c. Grafa SA”; CS Tucumán, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia 891, 09/09/2008, “Molina, Jesús M. c. Arcor SAIC”), no puedo sino dejar a salvo mi opinión personal sobre la cuestión tratada en este acápite, expresada en el ámbito científico-académico y que fuera objeto de publicación (ACOSTA, Juan Ricardo, “La indemnización de daños derivados de un acto administrativo. La declaración previa de ilegitimidad. Revisión de la cuestión desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, LLNOA 2016 (junio), p. 1; AR/DOC/1510/2016). En definitiva, no habiendo demandado el actor la nulidad de la resolución 320/2013 del IPSST en sede judicial, y no habiendo obtenido previamente dicha declaración de nulidad, corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios presuntamente derivados de dicho acto” (cfr. CCont. Adm. Tucumán, sala 1ª, Sentencia 186, del 04/04/2019, recaída en los autos “Combes, Luis M. c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ daños y perjuicios”). En el mismo sentido se pronunciaron las salas 2ª y 3ª del citado Tribunal, en los casos “Moreno, María Rosa c. Municipalidad de Concepción s/ contencioso administrativo” (Sentencia 157, del 15/03/2016) y “Nueva Bolsa de

Comercio SA c. Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios” (Sentencia 197, del 23/04/2012), respectivamente.

(7) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(8) El art. 41, inc. 2°, del Cód. Proc. Adm. Tucumán dispone: “En la contestación, la parte demandada opondrá todas defensas o excepciones de fondo que tuviere, corriéndose traslado contraparte por cinco [5] días y reservándose pronunciamiento definitivo. Pero deberán ser resueltas con carácter previo y, en caso de resultar procedente, disponerse el rechazo de la demanda, si se tratare de las siguientes defensas: Falta de legitimación para obrar en el actor, por haber quedado firme el acto administrativo que se impugna, salvo que la firmeza obedeciere a la caducidad de la acción”.

(9) “Los derechos y garantías consagrados por los Pactos y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados como Ley de la Nación, son de carácter operativo, salvo en los supuestos en que expresamente se ha dejado sujeta su aplicación al dictado de una ley. Toda ley, decreto u orden que, so pretexto de reglamentación, desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos, o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces. La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren”.

chos humanos, puesto que la interrelación del Estado con los particulares se ubica aquí en un primer plano, conformando un escenario de difícil equilibrio” (10).

Es sabido que en el ámbito del derecho procesal administrativo operan condiciones especiales de acceso a la Justicia, que funcionan como privilegios o prerrogativas a favor de la Administración en su relación con la Justicia (justificados materialmente en su condición de gestora de los intereses de la comunidad y el consecuente interés público que subyace en toda su actuación); y correlativamente como restricciones al acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos. En dicha lógica se insertan las cargas de agotar previamente la vía administrativa y de interponer la acción judicial dentro de un plazo breve de caducidad.

Estos institutos tienen por objeto (junto a la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de los actos administrativos) tutelar la implementación efectiva e inmediata de las decisiones de la Administración, dotándolas de una posición preferencial frente a la Justicia: estableciendo que —como punto de partida— se presumen legítimas y que la Administración puede ponerlas en práctica sin un juicio declarativo ni ejecutivo previo por parte del Poder Judicial; que para impugnarlas en sede judicial el particular debe plantear previamente la cuestión ante la propia Administración; y que luego debe interponer la acción judicial dentro de un plazo de caducidad.

Sin embargo, la condición de privilegios o prerrogativas procesales que detentan institutos como los que analizamos conlleva una ne-

cesaria interpretación restrictiva de sus alcances.

Esto es así, toda vez que las mentadas prerrogativas encuentran un fuerte contrapeso en el principio de tutela judicial efectiva (11), de amplio reconocimiento en tratados sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es que la tutela judicial efectiva consiste nada más y nada menos que en un instituto que constituye un principio fundamental de un Estado republicano y democrático y que, a su vez, es un derecho que emerge como garantía (12).

Con este principio se relaciona el derecho de acceso a la Justicia y uno de sus corolarios principales, que es el principio *in dubio pro actione* (13), el cual se traduce en una regla que obliga a buscar, en cada caso concreto, la interpretación que resulte más favorable al ejercicio de la acción y —por ende— más favorable al acceso a la jurisdicción.

Con relación al punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que, por el *principio pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (Co-

entrada en vigor del tratado y persisten aun después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia” (cfr. Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nro. 209, párr. 24. Cfr. DIEGUES, Jorge A., “La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, LA LEY 31/12/2012, p. 8; AR/DOC/5987/2012.

(13) La importancia de este principio fue igualmente subrayada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, que en reiteradas oportunidades señaló que en materia de acceso a la Justicia y habilitación de la instancia, y particularmente en lo concerniente a la materia contencioso administrativa, el principio rector es el de *in dubio pro actione*, cuya aplicación tiene por finalidad permitir el acceso a los tribunales de justicia en procura de garantizar el derecho de defensa (CS,

cial de 2006); y la innegable evolución que dicha penetración ha forzado en los institutos tradicionales de todas las disciplinas jurídicas, sin que el derecho administrativo pueda mantenerse ajeno a este fenómeno. Ello impone y torna ineludible, como se verá, una hermenéutica actualizada de aquellos institutos tradicionales, desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

b) En el ámbito del derecho procesal administrativo operan condiciones especiales de acceso a la Justicia, que funcionan como privilegios o prerrogativas a favor de la Administración en su relación con la Justicia (justificados materialmente en su condición de gestora de los intereses de la comunidad y el consecuente interés público que subyace en toda su actuación); y correlativamente como restricciones al acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos.

En dicha lógica se insertan las cargas de agotar previamente la vía administrativa y de interponer la acción judicial dentro de un plazo breve de caducidad.

Estos institutos tienen por objeto (junto a la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de

misión Interamericana de Derechos Humanos, 29/09/1999, Informe 105/99, Caso 10.194, “Narciso Palacios vs. Argentina”).

Por ello las excepciones previstas en los arts. 35, inc. 2º (14) y 41, inc. 2º, Cód. Proc. Adm., constituyen el carril procesal que el ordenamiento jurídico acuerda a la Administración para que pueda incorporar al proceso, como defensa, los privilegios instituidos por la ley en su favor: la caducidad de la acción o la falta de agotamiento previo de la vía administrativa.

Como consecuencia de ello, las excepciones mencionadas —tal como lo señala acertadamente el tribunal— no pueden sino circunscribirse al ámbito natural en el que aquellos dos institutos actúan.

Es decir, estas excepciones procesales únicamente resultan proponibles o deducibles cuando la pretensión del actor tiene por objeto revertir o dejar sin efecto lo que el acto decide, o sea, restituir *in natura* la situación jurídica subjetiva modificada por el acto.

Para ejemplificar la idea antes expuesta y bajada la cuestión al caso analizado, el supuesto del párrafo que antecede se verificaría si el demandante hubiese pretendido que se dejase sin efecto su remoción en el registro notarial del que era titular; mas no cuando su pretensión persigue —como fue señalado— exclusivamente una indemnización de daños y perjuicios, de carácter sustitutivo.

Encontrándose fuera de discusión la ejecución inmediata y en especie de la decisión administrativa, queda satisfecha la finalidad que

15/07/2008, “Lof, Casiano c. Provincia de Río Negro”, Fallos 331:1660; *idem*, 04/09/2001, “Elemec SA c. DEBA”, Fallos 324:2672; *idem*, 03/04/2001, “Electroingeniería SA c. Dirección de Energía de Catamarca”, Fallos 324:1087; *idem*, 18/07/1995, “Biain, Abel R. y otro c. Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco”, Fallos 318:1349, entre otros. En sentido similar se pronunció, también, la Corte Suprema de Tucumán (cfr. CS Tucumán, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia 633, 22/06/2015, “Vuistaz Serrano, Javier E. c. Provincia de Tucumán”; *idem*, Sentencia 70, 22/02/2017, “Diez, Francisco E. c. Provincia de Tucumán [Poder Legislativo], entre otros).

(14) El art. 35, inc. 2º, del Cód. Proc. Adm. Tucumán expresa: “Dentro de los primeros diez [10] días para contestar la demanda, el demandado podrá oponer, además de las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial, las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento: Caducidad, por haber sido interpuesta vencido el plazo legal”.

(15) “El artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad que incluye el

los actos administrativos) tutelar la implementación efectiva e inmediata de las decisiones de la Administración, dotándolas de una posición preferencial frente a la Justicia: estableciendo que —como punto de partida— se presumen legítimas y que la Administración puede ponerlas en práctica sin un juicio declarativo ni ejecutivo previo por parte del Poder Judicial; que para impugnarlas en sede judicial el particular debe plantear previamente la cuestión ante la propia Administración; y que luego debe interponer la acción judicial dentro de un plazo de caducidad.

En relación al agotamiento previo de la vía administrativa, se ha dicho que la habilitación de la jurisdicción contencioso administrativa, sea para la impugnación de actos, conductas u omisiones de la Administración, o para reclamar de ella comportamientos positivos, exige como regla general el previo planteamiento de la cuestión en sede administrativa y, eventualmente, el acceso a un determinado nivel jerárquico en el autor de la decisión sobre tal planteo previo. Este instituto —el agotamiento de la vía administrativa— obedece a una decisión legislativa de otorgar un privilegio a la Administra-

inspiraba el establecimiento legal de los privilegios estatales.

En ese contexto, exigir la impugnación en término del acto, con el agotamiento de la vía, como condición para acceder a la indemnización (sustitutiva) de los daños provocados por este, supone —desde nuestra perspectiva— extender los privilegios estatales más allá de los fines para los que fueron concebidos estos institutos.

IV. Conclusión

En un sistema constitucional en donde las libertades ciudadanas patentizadas en la libre disponibilidad de las acciones personales que no sean contrarias al orden o la moral pública ni perjudiquen a terceros constituyen la regla (art. 19 de la CN) (15), la aplicación de privilegios establecidos por vía de ley a favor del Estado merece un escrutinio riguroso.

Ello es así con mayor razón aun cuando dichas prerrogativas se encuentran en tensión con el principio de tutela judicial efectiva, en la medida que condicionan —por no decir limitan— el acceso a un proceso judicial tendiente al reconocimiento de un resarcimiento por daños (16).

Este esquema de cosas no admite una interpretación extensiva del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, que desborde los fines que razonablemente motivaron su establecimiento por ley.

Cita on line: AR/DOC/1435/2021

derecho a la intimidad, y el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destila los valores que lo estructuran. La trascendencia de la primera parte de la norma es tal que solo con ella es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática entre las atribuciones estatales para limitar derechos” (GELLI, María Angélica, “Constitución Argentina Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., ps. 183-184).

(16) “No debemos olvidar que el origen de la presunción de legitimidad es, precisamente, darle ejecutoriedad al acto administrativo evitando el control previo del juzgador por lo que este principio debe ceder cuando nos enfrentamos a un desequilibrio entre la protección de los derechos y las potestades de la administración” (cfr. ABERASTURY, Pedro, “Tutela Judicial Efectiva en Argentina”, disponible en <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2018/02/Tutela-Efectiva-Cautelar-Homenaje-JCC.docx#:~:text=La%20Tutela%20Judicial%20Efectiva%20ha,de%20los%20derechos%20humanos%E2%80%9D14>).

ción Pública, que encuentra justificación en la complejidad de su organización burocrática y desconcentrada, y que tiende a impedir que sus actos o conductas sean sometidos al control ejercido por otro poder del Estado —y a su eventual anulación—, sin otorgar a aquella la oportunidad de un examen preventivo de legalidad en su propia sede (García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 399 y 401).

En el mismo sentido se ha señalado que la regla del agotamiento consiste, en definitiva, en dar una oportunidad a la Administración para que pueda corregir sus errores, lo cual constituye un privilegio estatal que —como tal— debe ser de interpretación restrictiva (Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 335. En igual sentido, respecto de la naturaleza de la regla como privilegio estatal y la interpretación restrictiva que corresponde asignarle: Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. 2, LA LEY, Buenos Aires, 2008, p. 762).

En relación al fundamento de este privilegio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el

Texto completo de fallo de p. 4

Ordenado y corrido el traslado de la defensa antedicha (ver decreto del 01/10/2020 y cédula de fecha 06/10/2020), mediante presentación del 15/10/2020 el demandante lo contesta solicitando su rechazo por las razones que allí invoca y a las que remitimos *brevitatis causa*.

II. a) La cuestión traída a debate supone analizar la viabilidad de oponer la excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, prevista en el artículo 41 inciso 2 CPA, frente a una pretensión resarcitoria (es decir, que tiene por objeto una indemnización de daños y perjuicios), invocando para ello la firmeza del acto administrativo presuntamente generador del daño que se reclama.

En el estado actual de cosas, semejante cuestión no puede abordarse sin sopesar la profunda penetración que han tenido, en forma transversal, los derechos humanos incorporados con rango constitucional en la reforma de la Carta Magna nacional operada en 1994 (en sentido concordante, el artículo 24 de la Constitución Provin-

fallo “Serra” (CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454) invocó el principio constitucional de división de poderes.

Sin embargo, es acertada la crítica de Bianchi al fallo mencionado, en cuanto sostiene que la división de poderes no es la razón de ser del agotamiento de la vía administrativa, sino su contracara, su excepción, toda vez que la división de poderes no es un sistema establecido a favor del Estado, sino un principio constitucional destinado a la protección de los derechos individuales. En consecuencia, no puede extraerse de aquel principio, ninguna prerrogativa a favor de la Administración. Agrega que el agotamiento de la vía administrativa no tiene fundamento constitucional en la división de poderes, sino que fue establecido por vía legal, como una excepción a aquel principio, constituyendo un privilegio que llega a nuestros días como resabio de la vieja tesis de la inmunidad soberana del Estado (Bianchi, Alberto B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?” (Nota a fallo), LA LEY, 1995-A, 397).

Agrega este autor que la concepción del agotamiento de la vía como un privilegio a favor de la Administración constituye la tesis que tradicionalmente siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los precedentes “Roca, Agustín M. c. Nación Argentina” (Fallos: 200:196) y “Perezlindo, Zenón E. c. Gobierno Nacional” (Fallos: 233:106).

Efectivamente, la condición de privilegios o prerrogativas procesales que detentan institutos como los que analizamos, conlleva una necesaria interpretación restrictiva de sus alcances.

Esto es así toda vez que las mentadas prerrogativas encuentran un fuerte contrapeso en el principio de tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento en tratados sobre derechos humanos con rango constitucional (artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con este principio se relaciona el derecho de acceso a la Justicia y uno de sus corolarios principales, que es el principio *in dubio pro actione*, el cual se traduce en una regla que obliga a buscar, en cada caso concreto, la interpretación que resulte más favorable al ejercicio de la acción y —por ende— más favorable al acceso a la jurisdicción.

En relación al punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 29/09/1999, Informe N° 105/99, Caso N° 10.194, “Narciso Palacios - Argentina”).

La importancia de este principio fue igualmente subrayada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, que en reiteradas oportunidades señaló que en materia de acceso a la Justicia y habilitación de la instancia, y particularmente en lo concerniente a la materia contencioso administrativa, el principio rector es el de *in dubio pro actione*, cuya aplicación tiene por finalidad permitir el acceso a los tribunales de justicia en procura de garantizar el derecho de defensa (CSJN, 15/07/2008, “Lof, Casiano c. Provincia de Río Negro”, Fallos: 331:1660; ídem, 04/09/2001, “Elemec SA c. DEBA”, Fallos: 324:2672; ídem, 03/04/2001, “Electroingeniería SA c. Dirección de Energía de Catamarca”, Fallos: 324:1087; ídem, 18/07/1995, “Biain, Abel R. y otro c. Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco”, Fallos: 318:1349, entre otros).

En sentido similar se pronunció, también, la Corte Suprema Provincial en fallos recientes (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 633, 22/06/15, “Vuisstaz Serrano, Javier E. c. Provincia de Tucumán; ídem, Sentencia N° 70, 22/02/2017, “Diez, Francisco E. c. Provincia de Tucumán (Poder Legislativo)”, entre otros).

Citamos: “Tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que “la regla *in dubio pro actione* es un principio rector en materia contencioso administrativa (causas B. 51.979, ‘Choix SACIFICA’ sent. del 21/06/2000; B. 53.836, ‘Cadegua SA’ sent. del 21/03/2001; B.59.260, ‘Carballo’ sent. del 03/12/2003; B. 64.068, ‘Investigaciones Médicas SA’ sent. del 28/09/2005; B. 64.791, ‘Inmar SA’ sent. del 08/02/2006), de forma tal que, en materia de impugnación de actos administrativos, estando en juego la posibilidad de acceso a la justicia, deben preservarse los derechos del administrado, interpretando en su favor las dudas que hubiere respecto al consentimiento de las resoluciones que lo agravan” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires *in re* “Gatius, Raúl c. Provincia de Buenos Aires - Instituto de Previsión Social -”, sentencia del 18 de febrero de 2009). Por su parte, este Tribunal ha indicado en reiteradas ocasiones que el principio “integra el contenido de la garantía constitucional (implícita) del debido proceso, garantía que a partir de la vigencia de la reforma constitucional de 1994, se ha tornado expresa como derecho de todo habitante a exigir del estado la tutela judicial efectiva (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1 y artículo 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 18)” (CSJTuc. *in re* “Salazar Trejo, Ángel D. c. Sistema Provincial de Salud SiProSa s/ diferencias salariales”, sentencia N° 222 del 9 de abril de 2012 y “Sucesión Zóttola, Ángel E. c. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ contencioso administrativo”, sentencia N° 350 del 14 de mayo de 2012)” (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 633, 22/06/2015, “Vuisstaz Serrano, Javier E. c. Provincia de Tucumán”).

c) Sentado lo anterior, diremos que la lectura sistémica e integral de las disposiciones del Código Procesal Administrativo de Tucumán (Ley N° 6.205), a la luz de los principios de tutela judicial efectiva y *pro actione*, lleva a concluir que el agotamiento previo de la vía administrativa y la caducidad de la acción judicial, suponen necesariamente una pretensión de nulidad de acto administrativo que tenga por objeto revertir la situación jurídica subjetiva emanada del acto. Es decir que estos privilegios del Estado únicamente cobran vigencia y pueden tornarse operativos, cuando lo que el particular pretende ante la Justicia es restituir (*in natura*) lo que el acto administrativo modificó o extinguió.

Efectivamente, el artículo 9 CPA establece: “Cuando el objeto del proceso sea la pretensión tendiente a la restitución, en una situación jurídica-subjetiva, cuya modificación o extinción, por la administración pública, se alega ilegítima, su procedencia supone necesariamente la pretensión de nulidad del acto administrativo pertinente. En este caso, la demanda deberá ser deducida dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados desde la notificación del acto expreso que agote la instancia administrativa”.

A continuación, el artículo 10 inciso 2 CPA establece que “...Salvo lo que corresponda en materia de prescripción, no habrá plazo para que el particular accione por demanda o recurso, cuando... Se pretenda únicamente el resarcimiento de daños y perjuicios, dejando subsistente el acto administrativo ilegítimo. En este supuesto, no será requisito de admisibilidad de la pretensión indemnizatoria la impugnación recursiva, en sede administrativa, del acto viciado, generador de los perjuicios que se aleguen...”

En la misma línea, si bien el artículo 12 CPA consagra inicialmente el agotamiento de la

vía administrativa (tanto para las pretensiones anulatorias como para requerir el cumplimiento de obligaciones u omisiones), la excepción contenida en el artículo 13 inciso 2 deja en claro, sin hesitaciones, que aquel privilegio estatal solo tiene cabida cuando se pretende restituir *in natura* la decisión administrativa, no así cuando lo que se pretende no es el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva alterada por el acto, sino únicamente una indemnización sustitutiva de los daños y perjuicios causados por el acto (“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior aquellos casos en que el particular pretenda, frente a la administración pública 2. Únicamente daños y perjuicios causados por actos o hechos administrativos, legítimos o ilegítimos”).

La referencia a la pretensión de daños y perjuicios precedida del adjetivo calificativo “únicamente”, tanto en el artículo 10 inciso 2 CPA, como en el artículo 13 inciso 2 CPA, no puede sino interpretarse en el sentido de que el particular no pretende concomitante la anulación del acto (entendida como la restitución [*in natura*] de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, en los términos del artículo 9 CPA), sino exclusivamente la indemnización sustitutiva, en cuyo caso no se encuentra alcanzado ni por la caducidad de acción, ni por la carga de agotar la vía.

Siguiendo con el análisis, las excepciones procesales a que refieren los artículos 35 inciso 2 CPA (caducidad de la acción por falta de interposición de la acción judicial dentro de los plazos legales) y 41 inciso 2 CPA (falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, por falta de interposición de recursos administrativos obligatorios), tienen una indisoluble vinculación con los plazos de caducidad del artículo 9 CPA (con las excepciones del artículo 10 CPA) y con el agotamiento de la vía administrativa regulado en el artículo 12 CPA (con las excepciones del artículo 13 CPA), respectivamente.

Sobre el punto se ha dicho: “En el sistema procesal local son dos los supuestos en que, por haber quedado firme, un acto administrativo se torna insusceptible de ser cuestionado eficazmente en sede judicial: uno —al que refiere el artículo 41 inciso 2 del CPA— cuando encontrándose instituidos formalmente recursos administrativos obligatorios, el interesado no los ha articulado o lo hizo extemporáneamente; el otro —que tipifica el artículo 35 inciso 2 del CPA— porque habiéndose agotado la vía administrativa previa, venció el plazo que el ordenamiento jurídico establece para demandar judicialmente la anulación del acto que causa estado (cfr. CSJT, 24/07/2017, “Yanicelli, María R. de F. c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ especiales [Residual]”, sentencia N° 984)” (CSJT, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia N° 1258, 11/09/2018, “Wajnerman, Mario D. y otra c. Provincia de Tucumán”).

Como se advierte, la defensa prevista en el artículo 41 inciso 2 CPA refiere a los supuestos en que el acto administrativo queda firme antes del agotamiento de la vía administrativa, por la falta de interposición o interposición extemporánea de recursos administrativos que se encontraban instituidos en forma obligatoria. Por el contrario, esta excepción no comprende los supuestos en los que el acto administrativo queda firme después de agotada la vía administrativa, por falta de interposición de la acción judicial dentro de los plazos de caducidad que prevé el artículo 9 CPA. Refuerza esta conclusión lo establecido en la última parte de la citada norma: “salvo que la firmeza obedeciere a la caducidad de la acción”.

Para este último caso, el Digesto Procesal contempla una excepción diferente, de previo y especial pronunciamiento, regulada en el artículo 35 inciso 2 CPA, que debe deducirse dentro de los primeros diez días del plazo para contestar demanda (y que, por ende, no puede incoarse válidamente cuando se contesta demanda vencido dicho plazo).

En suma, las excepciones previstas en los artículos 35 inciso 2 y 41 inciso 2 CPA constituyen el carril procesal que el ordenamiento jurídico acuerda a la Administración para que pueda incorporar al proceso, como defensa, los privilegios instituidos por la ley en su favor: la caducidad de la acción (artículo 9 CPA) o la falta de agotamiento previo de la vía administrativa (artículo 12 CPA).

Como consecuencia de ello, las excepciones mencionadas no pueden sino circunscribirse al ámbito natural en el que aquellos dos institutos actúan. Es decir, estas excepciones procesales únicamente resultan proponibles cuando la pretensión del actor tiene por objeto revertir lo que el acto decide, (restituir *in natura* la situación jurídica subjetiva modificada por el acto), no así cuando la pretensión persigue exclusivamente una indemnización de daños y perjuicios, de carácter sustitutivo.

Refuerza lo señalado, el texto expreso del artículo 41 inciso 2 CPA, en cuanto alude al “acto administrativo que se impugna”, dejando en claro que debe tratarse de un proceso en el cual se impugna un acto, entendido esto en el sentido que emana del artículo 9 CPA (pretensión que persigue la restitución en la situación jurídica subjetiva modificada o extinguida por el acto).

En el mismo sentido, no se puede pasar por alto la necesaria vinculación entre la defensa en cuestión, y el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de recursos administrativos. Ahora bien, los recursos administrativos presuponen un acto administrativo como objeto de impugnación (artículo 57 de la Ley N° 4537) e involucran necesariamente una petición impugnativa tendiente a revertir lo que el acto decide (su objeto es revocar, modificar o sustituir la decisión, por el mismo órgano que la dictó, por su superior jerárquico o por el órgano que ejerce el control de tutela), siendo ese el ámbito —como se viene sosteniendo— en el que actúa la carga de agotar la vía administrativa.

d) Pero a más de resultar del texto expreso de la ley procesal local, la interpretación que proponemos es la que mejor se compadece con la naturaleza y finalidad propias de los institutos procesales bajo análisis.

Efectivamente, la razón de ser, la finalidad del sistema de tutela de las decisiones administrativas es conferirle a la Administración herramientas que le permitan implementar, en forma expeditiva, directa e inmediata, decisiones tendientes a la satisfacción del interés público. Tener claro para qué sirven y qué es lo que concretamente tutelan estas prerrogativas especiales, resulta crucial para analizar si estas reglas pueden razonablemente condicionar —también— el derecho a un proceso judicial que tenga por objeto —exclusivo— un resarcimiento por los daños presuntamente causados por la decisión administrativa.

A esta altura del análisis, luce evidente que el reconocimiento —*ex post*— de una indemnización por los daños derivados del acto administrativo, en la medida que no interfiere con la ejecución en especie del acto, se encuentra fuera de la órbita de aplicación del sistema de autotutela de las decisiones administrativas (en lo que aquí interesa, agotamiento previo de la vía administrativa y plazo de caducidad de la acción judicial), y por consiguiente escapa a los condicionamientos que dicho sistema supone para el particular.

Encontrándose fuera de discusión la ejecución inmediata y en especie de la decisión administrativa, queda satisfecha la finalidad que inspiraba el establecimiento legal de los privilegios estatales. En ese contexto, exigir la impugnación en término del acto, con agotamiento de la vía, como condición para acceder a la indemnización (sustitutiva) de los daños provocados por el acto, supone extender los privilegios estatales más allá de los fines para los que fueron concebidos estos institutos.

En un sistema constitucional en donde las libertades ciudadanas constituyen la regla (artículo 19 de la Constitución Nacional), la aplicación de privilegios establecidos por vía de ley a favor del Estado, merece un escrutinio riguroso. Máxime cuando dichos privilegios se encuentran en tensión con el principio de tutela judicial efectiva, en la medida que condicionan el acceso a un proceso judicial tendiente al reconocimiento de un resarcimiento por daños. Este esquema de cosas no admite una interpretación extensiva del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, que desborde los fines que razonablemente motivaron su establecimiento por ley.

En definitiva, y conforme a lo expuesto, admitir la posibilidad de oponer la excepción prevista en el artículo 41 inciso 2 CPA, invocando la firmeza del acto administrativo, en un proceso judicial que no tiene por objeto el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente una indemnización substitutiva de daños y perjuicios, supone una indebida aplicación extensiva de los privilegios estatales que conforman el sistema de autotutela de las decisiones administrativas (puntualmente, de la carga de agotar la vía administrativa); privilegios que —por el contrario— deben ser aplicados con criterio restrictivo.

Lo expuesto es sin perjuicio de la ponderación que mereciere (al dictarse sentencia definitiva y luego de haberse dado al particular la posibilidad de transitar por un proceso judicial que arribe a una resolución sobre la cuestión de fondo), la antijuridicidad —o ilegitimidad— del acto presuntamente provocador de los daños que se reclaman; pero dejando en claro que sobre dicha reclamación —en cuanto se circunscriba a la pretensión resarcitoria—, y para desvirtuar las presunciones que sobre el punto rigen, no pesan las cargas procesales propias del sistema de tutela de las decisiones administrativas (agotamiento previo de la vía administrativa e interposición de la acción judicial dentro de un plazo de caducidad).

e) No se nos escapa que el Supremo Tribunal Provincial, con composición diferente de la actual, sentó criterio en referencia a las disposiciones de los artículos 10 inciso 2 y 13 inciso 2 CPA, afirmando que se trata de normas de carácter netamente procesal, sin entidad para alterar las normas de fondo en la materia —el artículo 47 de la Ley 4537—, que expresamente consagran la presunción de legitimidad del acto administrativo— (CSJT, Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo, Sentencia Nº 900, 30/10/2000, “Hernández Mesón, Luisa c. Dirección Provincial de Obras Sanitarias (DIPOS)”, y muchos otros).

Sin embargo, creemos que aquel tradicional criterio merece un nuevo examen desde la perspectiva del principio de tutela judicial efec-

tiva y el principio *in dubio pro actione*, conforme a lo propuesto *ut supra*.

Desde dicha perspectiva, puede señalarse, en primer lugar, que la naturaleza adjetiva o sustancial de una disposición legal no está definida por el cuerpo normativo en el cual se inserta (es decir, por su ubicación metodológica), sino por la materialidad de lo que regula. Así, el ordenamiento jurídico exhibe numerosos casos de normas de carácter procesal incluidas en cuerpos normativos de fondo. Por ejemplo, el artículo 2553 del nuevo Cód. Civil (ex 3962), en cuanto establece que la prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar demanda, en los procesos de conocimiento. Y en nuestra disciplina, dentro de la Ley Nacional Nº 19.549 de Procedimientos Administrativos, confluyen disposiciones sustanciales de derecho administrativo —como las normas sobre actos administrativos y su sistema de nulidades (artículos 7, 12, 13, 14, 15, etc.)—, con normas de derecho procesal administrativo —referidas a la impugnación de actos administrativos ante la Justicia, plazo de caducidad, reclamo administrativo previo, etc.—, sin contar las normas adjetivas sobre procedimiento en sede administrativa.

Con esto queremos decir que no existen razones de principio que impidan que el Código Procesal Administrativo de Tucumán (que es una ley en sentido material y formal) contenga disposiciones de derecho administrativo sustancial o de fondo. Máxime cuando el derecho administrativo pertenece a las materias reservadas por las Provincias, dentro del esquema constitucional de distribución de competencias entre aquellas y la Nación (artículos 75 inciso 12 y 121 de la Constitución Nacional). Vale decir, cada Provincia es competente para dictar sus normas de derecho administrativo, tanto sustancial como adjetivas.

Esto se relaciona inmediatamente con la segunda aclaración necesaria. Tanto la Ley Nº 4537 (Ley de Procedimientos Administrativos de Tucumán) como la Ley Nº 6205 (Código Procesal Administrativo de Tucumán), constituyen leyes emanadas del Poder Legislativo de la Provincia de Tucumán (aunque —en rigor de verdad— la primera constituye un Decreto-Ley emitido por un Gobierno de Facto, en uso de atribuciones legislativas). Por ende, nada pareciera impedir que la segunda —posterior en el tiempo— modifique o altere el sentido de las disposiciones contenidas en la primera.

Además, en relación a los argumentos invocados en el precedente “Hernández Mesón” vinculados a la índole adjetiva o sustancial de las normas involucradas y su jerarquía, cabe ponderar que, ya en la Constitución histórica, pero sobre todo a partir de la reforma de 1994, la tutela judicial efectiva y las garantías que de tal principio se derivan configuran un derecho fundamental de la persona que exige una relectura de las normas internas, y de ningún modo

admite la sumisión en términos absolutos de tales garantías a los privilegios del Estado.

En efecto, y frente a lo categórico de la norma procesal local, creemos que en el estado actual de desarrollo y penetración transversal del principio de tutela judicial efectiva (y otros derechos humanos) en los institutos tradicionales del derecho administrativo, no puede sostenerse extensivamente que la carga procesal (privilegio estatal) de agotar la vía grava al particular no solo cuando pretende una restablecimiento *in natura* de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino también para condicionar su derecho de acceso a un proceso judicial que persigue un objeto diferente, circunscripto exclusivamente al resarcimiento de los daños provocados por el acto. Es decir, cuando lo único que se pretende es una indemnización substitutiva, sin oponerse a la ejecución del acto, reiterando que no cabe aplicar —en forma extensiva— restricciones propias del sistema de autotutela de las decisiones administrativas, pues se trata de privilegios estatales de interpretación restrictiva.

Por otro lado, y poniendo énfasis —una vez más— en la perspectiva renovada que imponen el principio de tutela judicial efectiva y el principio *in dubio pro actione*, no luce plausible evadir sin más la aplicación de los artículos 10 inciso 2 y 13 inciso 2 CPA so pretexto de su ubicación metodológica, pues ello implica prescindir del significado literal que surge de las normas; y omitir interpretarlas en forma tal que no suponga su lisa y llana inexistencia.

En ese contexto, no resulta claro que pueda atribuírsele al Legislador la desinteligencia de haber sancionado normas que no tienen aplicación posible. ¿A qué refiere el Código Procesal Administrativo cuando prescribe que puede demandarse únicamente el resarcimiento de los daños, dejando subsistente el acto ilegítimo, agregando que en tal supuesto no será requisito de la pretensión indemnizatoria la impugnación recursiva, en sede administrativa, del acto viciado generador de los perjuicios?

Finalmente, y a mayor abundamiento, aun cuando se considerase que la presunción de legitimidad constituye una cuestión sustancial, las formas que debe seguir el particular para conseguir el cese de aquella presunción (es decir, si se requiere agotamiento previo de la vía administrativa, si la demanda debe deducirse dentro de un plazo de caducidad, etc.), constituyen una cuestión de índole procesal, que un Código Procesal Provincial se encuentra incuestionablemente habilitado para regular. Y de hecho el Código Procesal Administrativo de Tucumán regula explícitamente el tópico, estableciendo que el particular puede demandar únicamente los daños emanados de un acto administrativo ilegítimo, sin impugnar el acto (dejándolo subsistente), y que en tal supuesto no habrá plazo de caducidad para la interposición de la acción judicial (solo prescripción),

ni se requerirá el agotamiento previo de la vía administrativa (artículos 10 inciso 2 y 13 inciso 2 CPA).

III. Sentados los lineamientos sobre los que se asiente este pronunciamiento, de la atenta lectura de la demanda de autos se desprende que el actor pretende derivar el perjuicio cuya reparación reclama a la Provincia de Tucumán, del dictado de parte de esta del Decreto Nº 64/14 del 13/01/2013, por el que se dispuso la “remoción del Escribano J. C. J. B., como Titular del Registro Notarial Nº 25 de esta ciudad, de acuerdo a lo previsto en los artículos 44º y 45º de la Ley Nº 5732...” (Art. 1º); como asimismo la designación de la Escribana G. V. D. B. como “Titular del Registro Notarial Nº 25 de esta ciudad, conforme las prescripciones de los artículos 42º, 44º y 45º de la Ley Nº 5732” (Art. 2º).

La pretensión promovida por el Sr. B. en este proceso se circunscribe (únicamente) a reclamar los daños presuntamente provocados por el Decreto Nº 64/14 del 13/01/2013, resultando prístino, de la simple lectura del escrito de demanda, que el actor no pretende revertir lo decidido en aquel Decreto ni pretende en este proceso que —en concreto— se le restituya el Registro Notarial Nº 25 del cual fuera removido por el acto en cuestión.

Así las cosas, y tal como se dijo, la excepción de falta de legitimación para obrar por firmeza del acto, deviene inviable en procesos en los que —como acontece en el caso—, no se persigue una restitución *in natura* de la situación jurídica subjetiva modificada por el acto, sino únicamente, un resarcimiento de daños y perjuicios.

En mérito a ello, y por las demás razones expresadas *ut supra*, la excepción opuesta por la Provincia de Tucumán en los términos del artículo 41 inciso 2º CPA deviene conceptualmente improponible, correspondiendo su rechazo por inadmisibles.

IV. Teniendo en cuenta lo novedoso de la cuestión, y ponderando especialmente la existencia de precedentes jurisprudenciales que pueden haber generado en la Provincia de Tucumán razones probables para litigar, se estima prudente imponer las costas por el orden causado. (cfr. artículos 105 inciso 1 y 106 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, aplicables en la especie por disposición del artículo 89 del CPA).

Por ello, esta Sala Iª de la Excm. Cámara en lo Contencioso Administrativo, resuelve: I. No hacer lugar, por inadmisibles, a la excepción de falta de legitimación para obrar en el actor por firmeza del acto administrativo (artículo 41 inciso 2º del CPA) deducida por la Provincia de Tucumán en fecha 25/09/2020, conforme a lo considerado. II. Costas, como se consideran. III. Reservar pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad. Hágase saber. — *María F. Casas.* — *Juan R. Acosta.*

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 12 a cargo del Dr. Hernán Diego Papa, Secretaría Nro. 24 sito en Marcelo T. de Alvear 1840, planta baja de Capital Federal, comunica por un día que en autos “8757/2019 SUCESION DE LINDOSO LÓPEZ JOSÉ s/CONCURSO PREVENTIVO”, con fecha 02/03/2021 se resolvió homologar el acuerdo y declarar concluido el presente concurso

preventivo.
Buenos Aires, 11 de mayo de 2021
Ricardo Daniel Zmuda, sec. int.
LA LEY: I. 21/05/21 V. 21/05/21

El Sr. Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Paranacito, Dpto. Islas del Ibicuy, Provincia de Entre Ríos, Dr. Agustín Wiemberg, Secretaría subrogante de quien suscribe,

Dr. Ignacio Boladeres, en el proceso ordinario caratulado “MILAN, ÁNGEL EMILIO c/ LATTARRO, FRANCISCO y OTROS s/ USUCAPION” Expte. Nº 1174, cita y emplaza a los herederos o sucesores de BENJAMÍN SALUSTIANO FRANCISCO BLOTO o BLOTTO, FRANCISCO LATTARRO, ALEJANDRO TURCO, y JUAN LORENZO BERNARDI, y a quien o a quienes se consideren con derecho sobre el inmueble

con domicilio ubicado en la Provincia de Entre Ríos, Departamento de Islas del Ibicuy, Municipio y Ejido de Villa Paranacito, Sección 5ª, con domicilio parcelario en Río Guazú s/nº, Partida Provincial Nº 137.273, el que según mensura -practicada por el Agrim. Nac. Marcero Darré e inscripta en la Dirección Provincial de Catastro el 28-6-2016- tiene una superficie de mil setenta y seis metros cuadrados

con setenta decímetros cuadrados (1.076,70 m2). inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble con asiento en Gualaguaychú, para que se presenten a juicio, a estar a derecho y contestar demanda en el plazo de quince días a contar desde la última publicación que se hará por dos días, bajo apercibimiento de nombrarle Defensor de Ausentes para que los represente. Se transcribe la resoluc-

ción que así lo ordena: “Villa Paranacito, 13 de mayo de 2021. - Atento a lo solicitado por el Dr. García Bonzón, autorízase a publicar el edicto ordenado a publicarse en un diario de circulación de la CABA, en el “Diario La Ley”-... Fdo. Agustín Weimberg – Juez. Publíquese por 2 días.
Villa Paranacito, 13 de mayo de 2021
Ignacio Boladeres, sec. subr.
LA LEY: I. 21/05/21 V. 24/05/21

