000175/2017

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M. S. c/ PROVINCIA del CHUBUT s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)"**, Expte N° 175/2017, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 (Expte N° 254/2014) por haber interpuesto la demandada a fs.347, recurso de apelación contra la sentencia de fs. 342/344 vta. que rechaza la excepción de falta de reclamo administrativo previo.

I- La recurrente, en su memoria de fs. 349/352vta., se agravia contra el rechazo de la excepción de falta de reclamo administrativo previo. Continúa con una reseña de los antecedentes del caso. Señala que no hay controversia con relación a la ausencia de reclamo administrativo previo. Sostiene que el cumplimiento de este recaudo no es un ritualismo inútil. Manifiesta que la contestación de demanda realizada por su parte obedece al principio de eventualidad y al ejercicio simultáneo de todas las defensas pertinentes. Niega que el reclamo administrativo previo sea meramente formal y dilatorio. Advierte respecto del transcurso de tiempo entre el hecho y la presentación de la demanda. Niega responsabilidad alguna del Estado Provincial. Invoca la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Chubut en los autos "H. G.". Expone los fundamentos de la exigencia de reclamo administrativo previo. Sostiene que no se afecta el acceso a la jurisdicción. Alega que en el particular es aplicable el art. 136 de la Ley I N° 18, modificado por el art. 16 de la Ley I 560 por tratarse de un reclamo resarcitorio. Solicita se haga lugar al recurso.

II- La actora, progenitora de N.

A. M., por propio derecho y como heredera forzosa de su hijo, promueve demanda por daños y perjuicios contra el Estado Provincial por el fallecimiento de éste, ocurrido el 8 de agosto de 2010.

Relata los hechos que provocaron el deceso de su hijo, entonces empleado de la policía de Chubut, ocurrido cuando se dirigía a su lugar de trabajo.

Sostiene que el Estado Provincial es responsable por su accionar lícita y denuncia la precariedad de condiciones en las que debía prestar servicio.

Denuncia la existencia de investigación del hecho en sede administrativa y la causa penal correspondiente al Legajo de Investigación Fiscal N° 29.844, carpeta individual n° 3426, "M. N. A. s/ Homicidio calificado r/ víctima".

A fs. 35/38vta., amplía demanda y la prueba ofrecida.

A fs. 58, se presentan las letradas de la demandada y solicitan ampliación del plazo para contestar demanda.

A fs. 275/283, contesta la Provincia de Chubut y opone excepción de falta de legitimación pasiva y falta de reclamo administrativo previo.

Sustanciada la incidencia con la actora, a fs.342/344 se dicta sentencia que, rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva y el planteo de falta de reclamo administrativo previo formulados por la demandada.

III- Ingresando al análisis del recurso ha de señalarse que, conforme lo tiene dicho nuestro máximo tribunal el reclamo administrativo previo se inscribe en la vía reparatoria, que permite al

particular –además de impugnar un acto administrativo de alcance individual o general– demandar el pago de sumas de dinero. Así se habilita la acción civil –reparatoria, resarcitoria, reinvindicatoria, de repetición. El art. 136 de la Ley I N° 18, lo hizo exigible como "requisito previo a toda clase de acciones fundadas en el derecho común..., bajo el epígrafe de la reclamación resarcitoria" (STJ 19-0996)". La regla es la exigibilidad de la reclamación previa y cuando se trata de acciones civiles … ha de acatarse dicha normativa (ver en este sentido: STJCH H. G. Norma c. Provincia del Chubut y otro s/ Sumario (daños y perjuicios. Expte nro 17103/1999)".

Dicho reclamo previo constituye un recaudo necesario para habilitar la jurisdicción, exigencia impuesta imperativamente por la norma. La función del mismo es "hacer posible un reconocimiento anticipado del objeto del litigio en orden de asegurar su eficaz defensa en el mismo", hacer posible una suerte de conciliación entre el interés particular y el bien común que la Administración representa (cf. García de Enterria, "Curso de Derecho administrativo", Civitas, 4ta. ed. Madrid p. 700/701 citado por el Dr. Pasutti Sentencia Nro. 9/2003 del 26/8/03).

La actora no interpuso ante la administración provincial reclamo administrativo alguno previo a la interposición de la demanda; si bien refiere a la denuncia realizada ante la Policía Provincial que dio origen a un sumario administrativo con el fin de

investigar y deslindar responsabilidades de los funcionarios involucrados,- actuación que la demandada reconoce- esta no tiene entidad de reclamo previo o reclamación resarcitoria en los términos del art. 136 de la Ley I 18 en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley I 560. No corresponde tener en cuenta la modificación legislativa en virtud que la promoción de la demanda es anterior y por lo tanto, no es aplicable al caso.

Ahora bien, en el caso concreto, el juez ha dado sobrados motivos para apartarse de tal disposición legal con fundamento en las normas supranacionales y constitucionales, interpretadas en función de lo actuado por las partes en el proceso.

Como hemos señalado en anteriores pronunciamientos, en casos como el presente, esta exigencia evidencia un ritualismo inútil porque no es posible soslayar que, la Provincia contestó demanda, negó su responsabilidad en los hechos y rechazó el resarcimiento de los daños pretendidos por la actora (SALA A SI n°s 215/2010, 21/2012).

Esta negativa surge manifiesta de la contestación de demanda y su alegación de inexistencia de nexo causal entre el hecho y su accionar lícito que conlleve su responsabilidad por las consecuencias dañosas.

Nada hace suponer un cambio de actitud de parte del Estado Provincial en caso de requerirse la presentación del reclamo administrativo previo. El

mismo sería meramente formal y dilatorio, limitando así el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción con el grave riesgo que la parte pierda su derecho por el tiempo transcurrido.

De tal manera, para el supuesto como el presente, por el que se determina que en los casos que la ley lo establezca la vía administrativa previa debe cumplirse, dado que el conocimiento de la pretensión resarcitoria y monto reclamado han sido conocidos y respondidos por la Provincia del Chubut, es manifiestamente innecesario reeditar en sede administrativa un debate sobre el que ya se ha pronunciado la Administración. La conducta conforme los términos de la respuesta excluye toda posibilidad de cambio de criterio. Ergo, la exigencia evidencia un ritualismo inútil.

Los hechos de la causa brevemente referenciados demuestran que, en el caso concreto, mantener un criterio distinto, significaría afectar derechos de raigambre constitucional, concretamente el acceso a la justicia.

Este tribunal sostuvo que la norma que dispone el cumplimiento de la etapa administrativa previa al reclamo judicial, no es una norma de orden público, siendo su fundamento la posibilidad de que la administración pública tenga oportunidad de evitar el juicio, reviendo sus actos o procurando la conciliación con el administrado.

Ahora, entender que es un presupuesto de orden público irrenunciable, implica beneficiar a la

administración pública en perjuicio de los administrados. Así lo ha resuelto la actual tendencia jurisprudencial, proclive a atenuar el rigor formal a favor del administrado.

La doctrina enseña que cuando está en juego un derecho fundamental del hombre como es el derecho pleno e irrestricto de acceso a la justicia, el hecho de que no se resuelvan los problemas y conflictos que plantean las personas ante los jueces genera una situación altamente desfavorable para las libertades del ciudadano (Cassagne Juan Carlos. "Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa" LA LEY 09/08/2011). El autor citado, señala que en el estado constitucional de derecho ha surgido un nuevo paradigma configurado como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, que se proyecta también a la protección administrativa de los derechos individuales y colectivos.

Se señaló que, ese nuevo paradigma surge de los tratados internacionales de derechos humanos, en especial, los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el art. 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que consagran como principio general el acceso a la justicia en forma efectiva e irrestricta. Este principio conlleva la tutela efectiva jurisdiccional que no puede estar obstaculizada por ritualismos formales.(Sala A S.I. N° 164/2013).

La Constitución de 1994 consagró la

jerarquía constitucional preferente de los tratados sobre las leyes y como los tratados de derechos humanos enunciados integran la constitución sin derogar artículo alguno de la primera parte de la misma (art 75 inc 22) surge que la regla del agotamiento de la vía administrativa, en su concepción absoluta, ha devenido inconstitucional por impedir precisamente el acceso irrestricto a la justicia.

Cabe aclarar que lo que está en pugna con la Constitución y los Tratados Internacionales no es en sí misma la decisión previa o reclamación previa, sino la exigencia de una vía de tránsito o decisión previa impuesta obligatoriamente al ciudadano.

A mayor abundamiento, la conducta procesal demostrada por la demandada que, tomó participación en el Beneficio de Litigar sin Gastos -expte n° 382/2014- y ofreció prueba, sin oponer objeción alguna al progreso de la acción ni formular reserva alguna respecto de la falta de reclamo administrativo previo, actuación anterior a su contestación de demanda en el presente, evidencia una conducta procesal contradictoria con sus actos posteriores que enervan la fuerza de los argumentos expuestos en esta instancia.

No se desconoce que la postura adoptada por la recurrente consistió en el ejercicio amplio de su derecho de defensa, pero esto mismo, ya expuestos los fundamentos de su negativa, demuestran que la reiteración del reclamo en sede administrativa es redundante y dilatorio.

El derecho de acceso a la justicia es definido como el más básico de los derechos humanos ya que la posesión de derechos no tiene significado sin los mecanismos para su efectiva reivindicación (Cappelletti, M. y Garth, B., "El acceso a la Justicia", trad. Amaral S., La Plata, 1983).

Ha sostenido el Superior Tribunal de Justicia en reciente pronunciamiento que: “En un paradigma de Estado social y democrático de derecho que, conceptual y esencialmente se nutre del garantismo convencional y constitucional, el acceso a la jurisdicción oportuna es una de las garantías más importantes” (Sentencia del 8/3/2010, Sala Civil, N° 01/S.R.E./2010).

En el caso, es justamente la dimensión temporal del acceso a la justicia la que se afectaría gravemente al obligar al afectado a transitar una vía administrativa que claramente aparece como inútil.

Por supuesto no es posible soslayar la incidencia del factor tiempo en las decisiones judiciales. Como bien enseña el Superior Tribunal de Justicia, en el fallo citado “no sólo se debe procurar *dar a cada uno lo suyo*, sino hacerlo *cuando corresponde*”. Concluyendo categóricamente que “El factor tiempo, es un componente definitorio de la justa y eficiente satisfacción de la pretensión esgrimida”.

Estas consideraciones que se enmarcan en las previsiones de distintos tratados

internacionales -arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 2, apartado 3, inc. a)- nos obligan a una interpretación remozada de la cuestión en debate, acorde con la vigencia de estas disposiciones.

Es que como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Marchal" del 10/4/2007, no es posible soslayar que estamos frente a una cuestión constitucional que exige determinar la aplicación al caso de las garantías consagradas por las normas de los tratados internacionales. Ergo, el examen de tan delicada cuestión no puede ser realizado con exclusivo apego a las limitaciones establecidas ordenamiento adjetivo local. Es que, como señala la Corte, la pertinencia de esta cuestión debe ser analizada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues siendo que ella debe servir de guía para la interpretación de esos preceptos convencionales (voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni).

Incluso, este criterio interpretación —siguiendo otros precedentes de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación- ya fue adoptado por esta Sala. Concretamente sostuvimos que la interpretación de los organismos internacionales es una herramienta hermenéutica para el entendimiento del concepto y extensión de cada derecho en particular conforme lo ha

admitido sin ambages la C.S.J.N en los casos: “Poblete” —voto del Dr. Lorenzetti” S. 1767 XXXVII, T.328,p 2056; “Cristalux S.A.” T.329, p.1053 y “Giroldi”, T.318, p.514, entre otros (ver Sentencia Definitiva n° 61/2007, confirmada por el Superior Tribunal de Justicia, Sala Civil).

Por todo lo expuesto, en el caso concreto hemos de apartarnos de la doctrina que hace una década fijó el Superior Tribunal de Justicia del Chubut en el caso “H.” y confirmar la sentencia de grado en cuanto fuera materia de recurso debiendo continuar los autos según su estado.

IV.- Atento el modo de resolver la cuestión las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (arts. 69, 70 CPr). Se regulan los honorarios de los profesionales actuantes teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, etapas cumplidas, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 32, 13 y ss Ley XIII N° 4).

Por ello, la Sala **A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación de la demandada fs.347 y confirmar la sentencia de fs. 342/344 vta. debiendo continuar los autos según su estado.

2) Costas de segunda instancia a la recurrente vencida. Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de las Dras. I. A. M. y M. S., en forma conjunta, en el 25% de los correspondientes al incidente de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley 5 N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).-

FERNANDO NAHUELANCA **JULIO ANTONIO ALEXANDRE**
Juez de Cámara
Presidente

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS