Las costas de las tres instancias deberán pesar sobre la parte demandada en su condición de vencida (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la demanda con el alcance indicado, y se condena a la demandada a pagar al actor, dentro del plazo de 30 días hábiles, la suma de veinticuatro mil australes (₳ 24.000), con más sus intereses desde el momento del hecho hasta el de su efectivo pago a la tasa del 6 % anual, sin perjuicio del derecho de la actora a obtener su reajuste hasta el momento del efectivo pago para el caso de incumplimiento.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO BACQUÉ.

FERNANDO RAUL GUNTHER v. NACION ARGENTINA

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Juicios en que la Nación es parte.

Para la procedencia del recurso ordinario de apelación en tercera instancia en causa en que la Nación directa o indirectamente revista el carácter de parte, resulta necesario demostrar que el "valor disputado en último término", o sea aquél por el que se pretende la modificación de la condena o "monto del agravio" excede el mínimo legal a la fecha de su interposición.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION: Tercera instancia. Generalidades.

Cuando el fallo impugnado hace lugar en parte a la pretensión del apelante la sustancia económica discutida no se halla representada por las sumas reclamadas en la demanda, sino por la diferencia entre las fijadas y las mayores a las que aspira el recurrente, porque tal sería el valor disputado en último término.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales.

Existe cuestión federal bastante para el tratamiento por vía del recurso extraordinario, si se halla en tela de juicio la interpretación y, en su caso, la constitucionalidad de los arts. 77 y 78 de la ley 19.101, de carácter federal, en cuanto supuestamente limitativos del derecho resarcitorio de quienes sufran durante la prestación del servicio militar una disminución o incapacidad para el trabajo en la vida civil.

LEY: Interpretación y aplicación.

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, o sea, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí, y especialmente con los principios y garantías de la Constitución Nacional.

RETIRO MILITAR.

Los vocablos "retiro" y "pensión" no se asocian con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización, sino que poseen una notoria resonancia previsional, referida tanto a quienes, sea por su edad o por incapacidad, deban abandonar el servicio, como aquéllos a los que el ordenamiento confiere beneficios que nacen en su cabeza como secuela del fallecimiento de un pariente de los allí enumerados.

RETIRO MILITAR.

Si bien es verdad que los conscriptos no puedan pasar a retiro (art. 68 de la ley 19.101), en el caso de quedar disminuidos para el trabajo en la vida civil, por actos del servicio militar, percibirán un haber, en la forma y cantidad, equiparable a los retiros militares propiamente dichos, tal cual resulta de las normas pertinentes.

SERVICIO MILITAR.

El administrado que cumple el servicio militar hace en realidad una prestación obligatoria al Estado, que lo incorpora a sus filas por medio de un acto unilateral, aprovecha y utiliza sus servicios, del mismo modo —aunque con las particularidades del estado militar— que un empresario con relación a un trabajador.

SERVICIO MILITAR.

Aun cuando el conscripto se encuentra en una relación de derecho público administrativo con el Estado, tal circunstancia no invalida el funcionamiento de las reglas propias de la responsabilidad extracontractual cuando no sólo la ley específica no contiene disposición prohibitiva o limitativa que impida su aplicación, sino que, además, otros ordenamientos legales, atinentes a esta materia incluyen al Estado como destinatario de aquélla: el art. 2º de la Ley de Accidentes del Trabajo, que dispone que el Estado Nacional, las provincias y las municipalidades responderán de los accidentes ocurridos a las personas obligadas a prestar un servicio con carácter de carga pública y el art. 13 bis que consagra la compatibilidad de beneficios.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Principios generales.

La responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohibe a los "hombres" perjudicar los derechos de de un tercero.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Principios generales.

El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

ESTADO.

Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación justiciable por cualquier clase de causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Apartamiento de constancias de la causa.

Es arbitrario el fallo que, para concluir sin más en la culpabilidad del conscripto accidentado, prescindió de la consideración de la confesión ficta de la demandada, en la cual el Estado reconoce las condiciones de precariedad y falta de seguridad en que se desenvolvió la tarea realizada por aquél; ante la ausencia de todo otro medio de convicción adverso,

(art. 417 del Código Procesal) no parece razonable el encuadramiento del supuesto en la segunda parte del art. 1113 del Código Civil.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Exclusión de las cuestiones de hecho. Varias.

La determinación de los daños constituye objeto propio de los jueces de la causa y extraño a la instancia de excepción.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

Es improcedente el recurso extraordinario, si los reparos propuestos por el apelante sólo trasuntan meras discrepancias con relación al alcance de normas de derecho común y a la valoración de circunstancias de hecho debatidas en el proceso.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

La jurisdicción extraordinaria no tiene por objeto sustituir a los jueces en la resolución de cuestiones que les son privativas, ni habilita una tercera instancia para debatir temas no federales.

SERVICIO MILITAR.

La circunstancia de que al soldado conscripto accidentado en un acto de servicio, se otorgara el haber de retiro previsto en los arts. 77 y 78 de la ley 19.101, no obsta a su derecho a indemnización con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

La aplicación supletoria de normas de derecho común, en causas en que está en juego la responsabilidad del Estado por hechos o actos acaecidos sin culpa del responsable, tiene como condición la falta de una legitimación propia en el campo del derecho público, que determine el modo de establecer la indemnización debida (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FUERZAS ARMADAS.

Si se sostuviese la insuficiencia de las reparaciones previstas en la ley 19.101, para aplicar disposiciones del derecho común no se tendría en cuenta el plexo normativo aplicable, en el que ocupa un lugar capital el art. 21 de la Constitución Nacional, que impone a los ciudadanos, la obligación de armarse en defensa de la Patria (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

SERVICIO MILITAR.

Aplicar al caso de un accidente sufrido por un conscripto en actos de servicio, normas del derecho común, que están destinadas a proteger los derechos de los habitantes en situaciones radicalmente diferentes, desnaturalizaría el carácter del servicio militar, que encierra siempre una álea bélica, y que por imperio de la Constitución se impone a los ciudadanos como una obligación (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

SERVICIO MILITAR.

Cabe interpretar que la intención del Constituyente, al establecer el art. 21 de la Constitución Nacional, fue anteponer la defensa de la Patria a requerimientos de índole económica (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

La índole de la institución establecida por el art. 21 de la Constitución Nacional excluye imponer al Estado la satisfacción de reparaciones patrimoniales, aún mediando culpa del responsable, cuando las exigencias materiales derivadas de ellas impidiesen una eficaz defensa de la Nación, comprometiendo así su continuidad e integridad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad del Estado. Generalidades.

El art. 21 de la Constitución Nacional no obsta a que se responsabilice al Estado cuando medió culpa en la atención médica que se brindó a un conscripto, si ello no acaeció en un teatro de operaciones militares, ni en una situación bélica actual (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Interpretación de normas y actos comunes.

No procede la vía excepcional del recurso extraordinario, si los reparos de los apelante sólo trasuntan sus discrepancias con el alcance acordado a la legislación aplicable y con la valoración de las circunstancias de hecho debatidas, aspectos que no autorizan la apertura de la vía excepcional del recurso extraordinario (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

I

El actor, mientras cumplía el servicio militar, al cual había sido nuevamente convocado a raíz del conflicto bélico de las Islas Malvinas, sufrió un accidente que le ocasionó graves lesiones físicas y como consecuencia un no menor grado de incapacidad laborativa. El infortunio aconteció con motivo de haber subido hasta una elevada antena a efectos de intentar el mejoramiento de la imagen televisiva cuando un grupo de soldados y suboficiales de guardia miraban un espectáculo deportivo —una carerra automovilística internacional de fórmula uno en la cual competía el piloto argentino Carlos Reutemann cayéndose al piso desde bastante altura al querer descender, sufriendo el seccionamiento de la médula espinal, a raíz de lo cual se le paralizó prácticamente la mitad inferior del cuerpo, tras padecer una serie de complicaciones y deficiencias en la atención médica que recibiera durante la primera etapa de su curación en el Hospital Militar de Campo de Mayo.

II

El tribunal *a quo*, en su sentencia de fs. 255/273, rechazó la demanda en lo principal, acogiendo sólo en parte los reclamos por daño moral y por reembolso de gastos de medicamentos.

Respecto del reclamo de fondo, el voto del primer miembro opinante comienza por poner de relieve las dudas que a su criterio dimanan de las probanzas que se arrimaron al *sub judice* acerca de cómo ocurrieron los hechos; en tal sentido destaca: 1) que no aparece probado que en el accidente mediara culpa grave del Personal del Ejército; 2) que según los testimonios habría sido el propio actor —con autorización de un superior— quien decidió subir al techo de la cantina a fin de mejorar la orientación de la antena,

3) que la caída no se produjo por fallas de la escalera u otros motivos extraordinaros, sino por un error del actor al colocar el pie en el escalón durante el descenso.

En consecuencia, concluye el juzgador que: a) aún admitiéndose que la tarea le fuera ordenada al conscripto, ni era fuera de lo común, ni tenía peligrosidad intrínseca, b) la eventual orden o autorización, "puede ser entendida como razonablemente vinculada con la vida del cuartel", esto es, ser un acto común del servicio; c) por ende, el tema de las eventuales órdenes abusivas de la autoridad, traído por el actor, es ajeno a la *litis*, d) el accidente fue la consecuencia exclusiva de un acto torpe de la víctima, no habiendo, entonces, culpa alguna del Ejército.

Al ser así, a juicio del *a quo* la responsabilidad del Estado en la especie queda limitada a la objetiva que la ley 19.101 establece, atento al estado militar del conscripto que reviste en virtud de la carga pública a la que se encuentra constitucionalmente sometido (art. 68, 77 y 78 de la citada ley).

Unicamente —añade el juez opinante en primer término— correspondería a todo evento alguna otra indemnización si el daño se hubiera producido como "consecuencia de hechos que si bien debió cumplir el soldado conscripto en virtud de su deber de obediencia, fueran sin embargo notoriamente ajenos a la instrucción militar y aconteciesen por acción dolosa o gravemente culposa o notoriamente irregular de miembros de las Fuerzas Armadas". En este caso el derecho indemnizatorio podría derivar o bien de las normas del derecho común, o bien de los principios generales del derecho púbilco, "que imponen la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños que ocasione, determinando la reparación integral del perjuicio en caso de que la actividad fuera ilegítima".

Es decir que —destaca— no mediando un acto ilegítimo, el conscripto no puede pretender ninguna indemnización con apoyo en normas del derecho privado, sino que su derecho queda limitado a lo que prescribe sobre el particular la Ley Militar (conforme Fallos: 184:378; 197:561; 204:428; 207:176 y 291:280).

Y en el *sub examine* —añade— corresponde rechazar de su lado la invocada inconstitucionalidad de la ley 19.101, pues cumple con la exigencia de justicia el deber de asistencia asumido por el Estado en supuestos de esta índole, sin que resulte imprescindible la necesidad de la reparación integral del daño padecido por el conscripto mientras se encuentra cumpliendo la carga pública del servicio militar.

III

El vocal opinante en segundo término adhiere a los conceptos de su colega reseñados en el punto anterior, mientras que, con diferente óptica, el vocal opinante en último término, en substancial síntesis, admite la reparación integral del daño con fundamento en las disposiciones contenidas en la ley 9688, porque lo opuesto lesionaría —dice— "inderogables garantías amparadas por nuestra Carta (arts. 16, 17, 19, 28 y 33 de la Constitución Nacional)". Empero —indica— el actor no invocó dicha ley en su apoyo y en cambio accionó con base en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, "lo cual excluye la aplicación del sitema mencionado en primer lugar (art. 17, ley 9688)". Si bien —finaliza— cabría la responsabilidad extracontractaual derivada de la aplicación de las normas del derecho civil, si se tratase de una orden emanada de un superior respecto de un acto ajeno al servicio, de las constancias de autos emerge que en la especie no se trata de tal supuesto, desde que la orfandad probatoria no permite sino concluir que el accionar del infortunado conscripto sólo dependió de su propia iniciativa.

IV

Entre las principales argumentaciones que fundan el recurso extraordinario interpuesto por el actor acerca de la solución dada por el *a quo* al reclamo principal, cabe reseñar las que siguen:

a) La sentencia viene a consagrar la inadmisible violación de principios fundamentales, entre ellos el respeto a la vida y la obligación de no dañar, al permitir que el Estado pueda tomar sano

a un joven para el cumplimiento del servicio militar, y devolverlo lisiado, enfermo mentalmente y con graves lesiones orgánicas, negándole el resarcimiento integral de tales daños;

b) Someter al actor a principios de derecho público que supuestamente le niegan el resarcimiento pleno del daño es violatorio de la igualdad ante la ley.

c) En la medida que el fallo dice que el haber contemplado en la ley 19.101 constituye una reparación de los daños del actor, configura un supuesto de expropiación que viola el art. 17 de la Constitución Nacional.

d) La decisión viola, asimismo, el art. 19 de la Carta, puesto que excluye el derecho al resarcimiento sin que la ley 19.101 contenga su expresa prohibición ni establezca que el haber que estatuye sea incompatible con aquél.

e) La sentencia interpreta mal el art. 21 de la Constitución Nacional, ya que la carga impuesta para el cumplimiento de los deberes ciudadanos no puede llevar a la violación de sus derechos fundamentales, ni escapar del principio de razonabilidad del sacrificio.

f) Existe arbitrariedad en la valoración de las circunstancias del hecho.

g) El *a quo* ha interpretado de modo erróneo la ley 19.101, en cuanto vino a entender que el haber previsto tiene naturaleza resarcitoria.

V

En síntesis, entonces, la tesis del tribunal *a quo* mediante la cual rechazó el reclamo indemnizatorio integral del actor, consiste en lo siguiente: 1) por principio, en tanto dicho reclamo se funda en la prestación del servicio militar, se rige por el derecho público, 2) por ende, también por principio, los límites del derecho indemnizatorio están dados por los preceptos de la ley 19.101, 3) el haber que prescribe la mentada ley para los casos como el que nos ocupa cubre el deber de asistencia que el Estado está obligado a proporcionar

a quien resulte incapacitado de resultas del cumplimiento de la carga pública del servicio militar; 4) eventualmente, cabría la procedencia de otra indemnización, o bien con apoyo en el derecho común, o bien sobre la base de los principios generales del derecho público, pero cuando la causa de la incapacidad esté vinculada a un acto ilegítimo obligado a soportar en razón del servicio militar, supuesto que no es el de autos, por que no sólo el acto debe reputarse legítimo, sino porque además se cumplió por la propia iniciativa del conscripto y sus consecuencias dañosas éste las debió sufrir por su exclusiva torpeza.

VI

Adelanto que tal tesis no me parece correcta y que, por el contrario, la indemnización pretendida por el actor debe ser aceptada en cuanto a la razonabilidad de su derecho, sin que, como es obvio, dedique opinión alguna a los alcances cuantitativos en que deba prosperar, lo cual quedará sujeto a los jueces de la causa.

Así lo pienso —lo digo en principio sumariamente— porque a mi modo de ver el caso, si bien ha tenido un cuidadoso enfoque por parte de la Sala en lo civil y comercial federal que lo falló, no resultó finalmente encuadrado en profundidad dentro del marco del derecho administrativo que en su integridad lo tipifica, quedándose en tal sentido a medias sin adentrarse —como a mi criterio es menester para su pleno y justo tratamiento— en los principios y teorías más modernas acerca de la responsabilidad estadual dentro del ámbito del estado de derecho; en punto a este aspecto, no veo que el *a quo* haya definido ni con rigor ni exactitud la naturaleza del haber asistencial de la ley 19.101, que toma prácticamente como piedra basal en que funda la exclusión del derecho indemnizatorio pretendido por el accionante, ni que haya ofrecido argumentos valederos a fin de revestir las razones por las que vino a limitar el eventual derecho indemnizatorio cuya procedencia admite a la mediación de un acto ilegítimo, supuesto ya superado en el momento actual del desarrollo de la teoría sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

Porque si hay un aspecto de este problema que debe quedar muy claro —y en esto el *a quo* hizo correcto hincapié— es que su encuadramiento jurídico pasa de modo exclusivo por la particularidad normativa del derecho público, si bien luego el propio *a quo* empalideció su aserto al ceñir en lo fundamental el espacio de ese derecho a la aplicación de la ley 19.101 y de modo eventual, como se dijo, aunque con primacía conjunta de principios del derecho privado, al supuesto aquí no dado del acto ilegítimo como fuente del daño.

A mi modo de ver, la justa solución de este caso requiere poner ante todo de resalto tres cosas:

a) Que la aplicabilidad del derecho público en el *sub lite* no puede quedar constreñida a la ley 19.101; b) que tampoco se agota con el supuesto del acto ilegítimo, sino que, opuestamente, el peculiar contenido de los principios dimanantes de la también específica naturaleza del derecho administrativo hace extender los alcances de la teoría de la responsabilidad del Estado a las hipótesis de los daños derivados de su legítima actividad, c) que se trata en la especie de quién resultó seriamente incapacitado en el cumplimiento del deber de la carga pública del servicio militar.

VII

¿Por qué la aplicación del derecho público no se ciñe en el caso a la ley 19.101?

Para responder a este interrogante es necesario dejar de modo previo esclarecida la naturaleza del haber de asistencia que aquella ley prevé.

Antes de ello, conviene a su vez dejar bien sentado que en la vigente concepción del derecho asistencial, previsional y de seguridad social, el distingo conceptual entre el haber de tal carácter y cualquier tipo de derecho resarcitorio es nítido y concluyente y que, en consecuencia, se encuentra de modo pacífico consagrado el principio sustantivo de que el goce de haber o pensión asistencial no excluye la

subsistencia del derecho resarcitorio, desde que ambos institutos responden a diversas fuentes y poseen naturalezas jurídicas distintas. Mientras este último deviene del primitivo concepto de la obligación de reparar el daño que se causa y se lo halla en los rudimentos del ordenamiento jurídico civil o común al margen de sus avatares en el proceso evolutivo del derecho público respecto de la responsabilidad del Estado, el primero de dichos institutos, esto es, el haber asistencial o previsional, es de más moderna data y está revestido de exclusiva naturaleza pública, y su razón de ser radica en la asumida responsabilidad comunitaria de hacerse cargo, a través de un sistema organizado, de cubrir la subsistencia y las necesidades vitales de quienes ya no están en condiciones de efectuarlo, en consonancia con fundamentos de política social.

Por tanto, el encontrarse amparado por los mecanismos normativos del derecho de la seguridad social y el hacerse merecedor por ende del goce de un haber asistencial con arreglo a esa responsabilidad comunitaria asumida a fin de no privar a los seres humanos de sus derechos mínimos a la subsistencia, en ningún momento interfiere, ni deja pesar efecto alguno, en el campo diferente de las relaciones jurídicas que nacen entre la persona que infringió un daño y la que por su lado lo padeció.

En tal sentido, si bien no se me escapa que no hay en esta materia precedentes jurisprudenciales diáfanos, sino más bien contradictorios, creo que V.E., en el Fallo del Tomo 300, pág. 958, apuntó como nunca al correcto estudio del asunto y se avino a darle la interpretación que más se compadece, a mi juicio, con las trascendentes implicancias del entuerto, al sostener que los vocablos "retiro" y "pensión" no se asocian "con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización, sino que poseen una notoria resonancia previsional".

Por mi parte considero que ello es así: cuando se le otorga al conscripto disminuido en su capacidad laboral de resultas del servicio militar el haber de la Ley Militar —en el *sub lite* de la ley 19.101—, con ello el estado agota el cumplimiento de su deber asistencial, cubriendo la subsistencia alimentaria de quien resultó incapacitado para hacerlo por su cuenta, mientras se desempeñaba

en la conscripción, al modo de como cualquier trabajador está cubierto por las normas previsionales, pero no salva, por esta vía, su presunta responsabilidad por los daños causados, ni su deber de repararlos integralmente con arreglo a sus dimensiones.

Deshecho, por tanto, la concepción a veces perfilada en otros antecedentes de la Corte en particular, como en el caso de Fallos: 300:958, sostenida por la justicia en lo contenciosoadministrativo, consistente en afirmar que este tipo de haber no se trata de un beneficio previsional típico sino que actúa como una suerte de indemnización "tasada" por la propia ley militar en sustitución de la que pudiere caber mediante una acción común resarcitoria, el cual viene a reparar el daño causado al conscripto como consecuencia de un acto del servicio militar que está obligado a prestar con carácter de "carga pública".

Así cabe deshecharlo desde que, ante todo, atento al básico monto del haber de referencia, éste tiende a cubrir tales aspectos de subsistencia mínima, sin hacerse cargo de los distintos grados de particularidades que corresponde tomar en cuenta al efecto de establecer el tenor de las indemnizaciones dentro de la teoría general resarcitoria. Por lo demás la exclusiva potestad legislativa de fijar por ley la indemnización del daño causado por el Estado no se compadece —como en detalle lo señalaré más adelante— con las más amplias concepciones de la doctrina moderna respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado, que en redor de los valores conceptuales del "sacrificio especial" y de "la igualdad ante las cargas públicas" han venido a superar el criterio tradicional —entre nosotros sustentado con brillo por Bielsa, quien hablaba de la "garantía legal"— de la irresponsabilidad extracontractual del Estado salvo cuando una ley la determine.

VIII

Aclarado entonces que el haber asistencial prescripto para casos como el que aquí se trata por la ley 19.101 sólo reviste carácter previsional de naturaleza meramente alimentaria y que, por tal

motivo, su percepción por parte del causante ni cubre ni excluye la indemnización efectiva del daño grave causado, cabe entrar al análisis de la eventual procedencia del reclamo resarcitorio del actor, alende el goce de dicho haber.

Como paso anterior a ello procede dejar esclarecido un aspecto relevante, cual es si el acto que a la postre produjo el infortunio del demandante fue o no uno de servicio, esto es, si fue legítimo o ilegítimo.

Es nítido que este problema se vincula por lo corriente en todos estos casos a otro en apariencia sutil, cual es precisar si se está frente a una cuestión de hecho —irrevisable por ende en esta instancia salvo arbitrariedad— o una de derecho. Es obvio que determinar si el acto ha sido o no uno legítimo de servicio, a pesar de la estrechez con que a la par deben sopesarse los aspectos exclusivamente fácticos y de prueba, configura una cuestión de derecho.

Al ser así, resulta revisable por esta vía la calificación de acto de servicio legítimo establecida por el *a quo* y que es resistida por el recurrente, quien en cambio reputa como ilegítimo y fuera de los lindes propios del servicio militar el haber tenido que subir a una considerable altura a fin de solucionar los desperfectos de visión del aparato transmisor de un programa televisivo durante un momento de esparcimiento en circunstancias de hallarse de guardia.

Estimo que el *a quo* no ha interpretado de modo erróneo las normas federales en juego al afirmar que el acto de mentas ha sido un acto de servicio y por tanto legítimo de la actividad del Estado.

Es cierto, como lo apunta el sentenciante, que en la medida en que una indispensable cuota de recreación y esparcimiento debe ser considerada como integradora de la actividad total y natural del servicio militar, la necesidad de disponer, como en el caso, el arreglo del televisor que servía como elemento de válida fuente generadora de aquella razonable cuota recreativa, debe ser reputada

válida, como emergente, aunque un enfoque superficial pudiera controvertirlo, de la propia vida integral del cuartel. Las circunstancias en que la orden se dispuso, el grado de riesgo o de inseguridad que significó cumplirla, la eventual negligencia de quien llegó a ordenarla, sin atender todos los hipotéticos riesgos, son aspectos laterales fácticos que no disminuyen, en principio, el carácter jurídico de servicio que, como queda dicho, razonablemente posee el acto.

Sobre este particular, entonces, descarto los agravios del actor tendientes a desvirtuar la mencionada legitimidad del acto, la cual, de su lado, fue a su vez declarada por la autoridad militar en las actuaciones administrativas que se labraron al efecto de disponer la procedencia del haber asistencial de la ley 19.101.

IX

Empero, la reconocida legitimidad del acto de servicio cumplido por el actor y que desencadenó su desgracia no lleva, como vino a estimarlo el *a quo*, al rechazo, por esa razón, del reclamo resarcitorio deducido por aquél, desde que, como ya lo anticipé, no es correcta la limitación que el juzgador efectuó acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado, al sujetarla al supuesto de que la orden obligada a cumplir por el conscripto que resultase dañado debió provenir del superior que incurriese en abuso o desvío de poder, al encargar el cumplimiento de un acto manifiestamente irrazonable y ajeno a la natural actividad militar.

En el sub examine, como quedó dicho en el anterior acápite, el acto que cumplió el demandante fue un legítimo acto de servicio tal como fue reconocido por la autoridad militar y por el *a quo* y justamente por ello es que la pregunta que sigue se impone:

¿Agota el sentido de plena justicia que el ciudadano, quien por razón del deber constitucional de prestar servicio militar haya quedado gravemente dañado con motivo de un acto legítimo de servicio, pueda no tener derecho al resarcimiento integral del daño padecido, y a diferencia de lo que acontece en la relación jurídica labo-

ral, a la que se liga por su exclusiva voluntad y no por mandato constitucional, sólo le cuadre aspirar al goce alimentario del haber legal de naturaleza asistencial?

He aquí el nudo central del litigio, cuyo enfoque correcto, en definitiva, no pasa por las estrechas vías del derecho tradicional construídas sobre la base de los principios del ordenamiento normativo común, en especial por lo atinente a las figuras que regulan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, que sirviesen para contemplar por parte de la jurisprudencia de V.E. la responsabilidad extracontractual del Estado por los acaos ilegítimos llevados a cabo por los funcionarios o dependientes, a partir del famoso caso "Devoto", sino que debe solucionarse a la luz más amplia y connatural del moderno derecho administrativo.

Precisamente en un pronunciamiento de no hace mucho V.E. vino a dar un substancioso giro al respecto, al declarar en una causa donde se cuestionó la responsabilidad del Estado derivada del mal cumplimiento de sus funciones al prestar un servicio, que lo así puesto en juego es la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho Público "que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que los actuales integrantes no comparten (ver Fallos: 259:261; 270:404; 278:224; 288:362; 290:71; 300:867). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas ("Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Providencia de s/indemnización", fallo del 18 de diciembre de 1984).

Este último concepto, la peculiar naturaleza de la responsabilidad del Estado dimanante no del derecho común sino del público, al margen de las diferencias de los casos, me sirve como pie para entrar al análisis final del *sub judice*.

X

El mentado concepto del caso "Vadell" es el siguiente: la actividad de los órganos o funcionarios del Estado es la propia de éste, quien debe responder de modo principal y directo de sus consecuencias dañosas.

Fue el agudo administrativista Mayer uno de los primeros en hablar de la obligación que contrae el Estado cuando causa daño, aunque el acto que lo ocasiona sea legal, en la medida que se perjudique a un ciudadano de manera desigual y desproporcionada con respecto al resto o generalidad. Ello se conoce en doctrina como la "teoría del sacrificio especial", cuyo sentido último sería la obligación de indemnizar por parte del Estado o comunidad jurídicamente organizada dicho sacrificio especial generalizándolo, es decir cargándolo equitativamente a la comunidad toda, que restituye de tal suerte el empobrecimiento al particular especialmente afectado.

Teissier, por su lado, en consonancia, concibió a su turno la llamada "teoría de la igualdad ante las cargas públicas", siendo uno de los primeros juristas que se opusieron a la aplicación lisa y llana del Código Civil en materia de responsabilidad estatal, propiciando en cambio la vigencia de los principios del Derecho Público. Los ciudadanos —vino a decir en esencia— no deben sufrir más los unos que los otros las cargas impuestas en el interés de todos; a su criterio, parejo al de Mayer, los daños excepcionales, los accidentes que el Estado pueda generar en el ejercicio de sus funciones propias a algunos particulares deben ser soportados, asumidos, por el pleno de la sociedad. Empero, de modo francamente ilógico y por ende, a mi entender, equivocado, no se sintió habilitado a extender sus inteligentes y justas concepciones a las consecuencias de la actividad legítima estatal, como si la en principio amplia igualdad de sacrificio potencial de cada uno de los ciudadanos tuviera eficacia equitativa para disipar la nítidamente injusta situación de que en la realidad sean los pocos efectivamente dañados quienes deban sacrificarse al unísono paradojal de las ventajas con

las que, con dicho sacrificio a cuestas, ha venido a beneficiarse el resto con el servicio de la carga.

Sobre él a mi juicio valedero apoyo de las dos teorías antedichas, que, en el actual derecho comparado, han tenido eco en doctrinarios como Renato Alessi y Fernando Garrido Falla, entre otros, que en general postulan el principio de la debida indemnización objetiva del Estado con prescindencia de la existencia de culpa es decir, de la necesidad comunitaria de asumir el sacrificio especial y de la igualdad ante las cargas públicas, sin atender en este caso, a la equivocada limitación a los actos ilegítimos, pienso que cuando como en el caso *sub examine* quien cumple con el servicio militar por virtud de la carga pública constitucional, resulta seriamente dañado por un acto de servicio, el Estado, de modo principal y directo debe resarcir el daño, salvando así la flagrante injusticia del sacrificio especial que implicaría la inadmisible desigualdad ante las cargas públicas.

Entre nosotros, Cassagne —quien dedicó al tema varios trabajos— apunta con buen criterio que comparto, que tal doctrina tiene base constitucional desde que se consagra que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16). En consecuencia, cabe destacar que cada ciudadano, al ser convocado al servicio de armas, ofrenda legítimamente la afectación de sus derechos individuales hasta el límite de la legalidad, la razonabilidad y la carga equitativa de los sacrificios y si cada uno de los conscriptos está obligado a cumplir con esta carga de los actos de servicio, ninguno en especial está obligado en cambio a soportar individualmente por encima de los demás sus consecuencias excepcionalmente dañosas más allá de tal límite de legalidad y razonabilidad.

Una cosa —vale recalcarlo— es la legitimidad del acto en asonancia con la legitimidad de la cuota de sacrificio general igualitario y otra muy distinta la ilegitimidad del daño especial que eventualmente de aquél se deriva si éste no se compensa; y la carga pública y el sacrificio general únicamente pueden estar referidos a los alcances legítimos del acto, pero es obvio que no pueden extenderse a sus ilegítimas consecuencias particularmente dañosas.

En el caso, para ejemplificar con propiedad, cabe aceptar que el actor estuvo legítimamente obligado a soportar la carga pública del servicio militar —no carece de relevancia poner de resalto que lo estuvo por segunda vez, al haber sido convocado de nuevo por la guerra de las Malvinas— con la cuota de sacrificio general y de igualdad ante la carga que ello supone, y dentro del servicio también estuvo, al menos en principio legítimamente obligado a cumplir el acto de servicio en cuestión, esto es, subir a reparar la antena, mas a lo que no puede estar legítimamente obligado es a soportar, sin que la comunidad se lo compense, el grave daño que por el cumplimiento del acto le devino a él en particular, cuando el Estado debía a él, como lo hizo con el resto, reintegrarlo a la vida civil en las mismas condiciones de salud e integridad física con que ingresara a cumplir con la carga.

XI

La tesis precedentemente expuesta y que en síntesis consiste en afirmar la obligación que asume el Estado de indemnizar al ciudadano que, por motivo del cumplimiento de la carga pública del servicio militar, queda inutilizado de resultas de un legítimo acto de servicio, requiere para concluír de las siguientes precisiones finales:

1º) Dentro del enfoque del Derecho Público, y en especial respecto del daño derivado del cumplimiento de un acto de servicio por razón de la carga pública del servicio militar, no corresponde la aplicación lisa y llana de los preceptos del Derecho Común, desde que la naturaleza pública de la obligación que liga al conscripto con el Estado difiere substancialmente de los supuestos plenamente alcanzados por el Derecho Civil, tal diferencia se traduce en la circunstancia de que la actividad pública pueda generar daños legítimos al particular que no pueden ser cubiertos en todos los casos en plenitud por la teoría civil de los hechos ilícitos, porque son daños necesariamente infringidos en aras del orden o la seguridad públicas, como en especial acontecede en la actividad por definición riesgosa del servicio militar. De allí que decidir cuáles son

los daños indemnizables por dicha actividad y sobre cuáles bases, es estricta competencia del derecho administrativo, allende la razonable circunstancia de que en muchos casos el tenor de los derechos afectados obliguen a la aplicación analógica del derecho común.

Al respecto cuadra volver a advertir que la actividad militar es por naturaleza en grado sumo riesgosa, motivo por el que la eventualidad de resultar dañado es sin duda una circunstancia muy posible y debe interpretarse como parte del sacrificio general que el cumplimiento de la carga impone a los ciudadanos. El resarcimiento, entonces, del daño efectivo no puede razonablemente emerger de los preceptos que regulan la responsabilidad común de los hechos ilícitos, atento a la naturaleza pública de la relación vinculante en cuyo ámbito deviene el daño, sino de las propias concepciones y principios que regulan el derecho administrativo.

En la especie, si bien entonces la circunstancia de resultar dañado sería legítima cuando deriva del mero infortunio con motivo de un acto legal de servicio, e inapropiado, por ende, aplicar sin más el principio de la cosa riesgosa del 1113 del Código Civil la consecuencia dañosa debe reputarse ilegítima sino se le compensa al particular afectado el sacrificio especial, porque vendría a violarse el principio de la igualdad ante las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

2º) Esta particularidad del *sub lite* torna asimismo razonable limitar la indemnización al daño emergente, con exclusión del lucro cesante, como ocurre en la teoría general de la responsabilidad del Estado por su actividad legítima.

3º) En principio, tal tesis resulta válida para atender como en el *sub lite*, la inutilización resultante de un accidente que se sufre en acto de servicio cumplido en tiempos de paz, o aun de guerra, en circunstancias ajenas al combate, sin que las razones expresadas hayan venido a tener en cuenta —por no ser del caso— supuesto de los daños directamente sufridos en acciones bélicas.

4º) No empece a la aplicación de dicha tesis al *sub judice* las relativas dudas emergentes de la prueba, en torno a si el actor obró

por su iniciativa o en cumplimiento de una orden expresa de un superior, toda vez que dadas las características de la rigurosa vida militar, máxime si se tiene en consideración que el hecho se produjo durante un servicio de guardia, haya o no mediado dicha orden expresa la acción debe reputarse —y no existe prueba en contrario— cuanto menos autorizada por la autoridad jerárquica, lo cual equivale a los efectos de que se trata, a una orden tácita.

5º) Unicamente cabría, en principio, excusar de responsabilidad al Estado en un supuesto como el de autos si se tratara de un hecho que no pudiera encuadrarse como de servicio, y que fuera ejecutado mediante su exclusiva iniciativa por el conscripto, o bien que, eventualmente, aun siendo un legítimo acto de servicio haya mediado en la materialización del infortunio decisiva imprudencia o negligencia del soldado, o bien culpa grave o dolo, extremos estos últimos no acreditados en la causa (conforme aplicación analógica del art. 1113 del Código Civil).

6º) Toda la teoría expuesta es válida para el supuesto del daño derivado de un acto de servicio legítimo cuando media el infortunio, sin que atienda los casos en que la fuente del daño provenga de la culpa o negligencia de la autoridad militar, o de actos ilegítimos.

XII

En cuanto al recurso extraordinario deducido por la accionada estimo que no debe prosperar, toda vez que la procedencia del daño moral referido no al accidente en sí sino a las consecuencias derivadas de su atención en el hospital militar resulta *prima facie* procedente, desde que —así lo tiene aceptada la doctrina— la circunstancia de que el caso, como lo apunta la apelante, esté regido por el derecho público no obsta a que éste, por analogía, pueda recurrir a los preceptos del derecho común para avalar el reconocimiento de un derecho.

Que el caso no se agota con la aplicación de la ley 19.101 como el recurrente pretende es un tema ya analizado precedentemente

y no resulta irrazonable la acogida del reclamo con referencia a lo normado en los arts. 1112 y 1078 del Código Civil por el hecho ilícito de la mala atención médica que el *a quo* tuvo por probada en autos, aspecto éste de índole fáctica irrevisable en esta instancia excepcional, al igual que el referente al rubro "gastos de medicamentos", sobre el cual sólo cabe advertir la mera discrepancia del recurrente con los criterios valorativos del juzgador, lo cual no alcanza a fundar la tacha de arbitrariedad.

En razón de todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario deducido por la accionada y acoger, en cambio, el interpuesto por el actor, dejándose sin efecto la sentencia apelada en cuanto a la materia de este último, debiéndose devolver los autos al tribunal de origen para que por medio de quien corresponda, dicte uno nuevo con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 24 de mayo de 1985. *Juan Octavio Gauna.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de agosto de 1986.

Vistos los autos: "Gunther, Fernando Raúl c/Estado Nacional (Ejército Argentino) s/sumario".

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que, al modificar el fallo de la instancia anterior, admitió en forma parcial la demanda por los daños y perjuicios causados al actor con motivo del accidente sufrido mientras cumplía el servicio militar obligatorio, las partes dedujeron los recursos extraordinarios que fueron concedidos a fs. 317. También la actora interpuso el recurso ordinario de apelación autorizado por el art. 24, inciso 6º, apartado a), del decreto-ley 1285/58 que, denegado, motivó la deducción de la queja que corre agregada por cuerda.

2º) Que, según conocida jurisprudencia de esta Corte, para la procedencia del recurso ordinario de apelación en tercera instancia en causa en que la Nación directa o indirectamente revista el carácter de parte, resulta necesario demostrar que el "valor disputado en último término", o sea aquél por el que se pretende la modificación de la condena o "monto del agravio" excede el mínimo legal a la fecha de su interposición (Fallos: 245:46; 246:303; 297:393; 302:502).

3º) Que la apelante no ha demostrado sobre la base de las constancias de la causa el cumplimiento del citado recaudo, puesto que aun cuando la determinación del monto litigioso pueda ser referida a un tiempo anterior al señalado en el auto denegatorio (fs. 279), el fallo impugnado hizo lugar en parte a su pretensión, por lo que la sustancia económica discutida no se hallaría representada por las sumas reclamadas en la demanda sino por la diferencia entre las fijadas y las mayores a las que aspira la recurrente, porque tal sería el valor disputado en último término (Fallos: 261:394; 283: 392; 285:185; H.115-XIX, "Hilanderías Olmos, S.A. s/intervención órgano judicial - incidente de veedores (regulación honorarios)", del 28 de junio de 1984). Dicha falencia da sustento adecuado a la denegación de dicho remedio procesal e impone desestimar la queja respectiva.

4º) Que, en cambio, en lo concerniente al recurso extraordinario también interpuesto por la actora, sus agravios sí suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por esta vía, toda vez que se halla en tela de juicio la interpretación y, en su caso, la constitucionalidad de los arts. 77 y 78 de la ley 19.101, de carácter federal, en cuanto supuestamente limitativos del derecho resarcitorio de quienes sufran durante la prestación del servicio militar una disminución o incapacidad para el trabajo en la vida civil.

5º) Que el actor reclamó —con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil— la indemnización de los mayores daños irrogados mientras cumplía el servicio militar al cual había sido nuevamente convocado a fines del año 1978, originados en su caída desde el techo de la cantina del batallón del que formaba parte, donde

se hallaba reparando los desperfectos de la antena de un aparato de televisión que transmitía el desarrollo de una carrera automovilística, observado por un grupo de soldados y suboficiales de guardia. Tal infortunio, que trajo aparejado el seccionamiento de la médula espinal y la consecuente parálisis de la mitad inferior de su cuerpo, determinó que el Estado —previo encuadramiento del hecho como un "acto de servicio" y reconociendo una incapacidad equivalente al 100 % de la total obrera— le otorgara el haber de retiro previsto por los arts. 77 y 78, de la ley 19.101, consistente en la percepción, de por vida, del sueldo y suplementos generales del grado de cabo.

6º) Que el tribunal *a quo* sólo admitió la procedencia del resarcimiento de los daños material y moral emergentes de la defectuosa atención posterior al accidente, pues concluyó que al no concurrir un supuesto de dolo o culpa grave de las Fuerzas Armadas ni un abuso en el cometido encomendado, la responsabilidad del Estado se hallaba limitada a lo prescripto por la ley específica, aplicable a los ciudadanos que se hallan bajo "estado militar", de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21 y 67, inciso 23, de la Constitución Nacional y lo resuelto por la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 184:378; 197:561; 204:428; 207:176; 291:280).

7º) Que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, o sea, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (Fallos: 241:227; 249:37; 301: 1149), de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 296:22) y sentencia del 5 de marzo de 1985, *in re*: L.91-XX, "Luna, Juan Sebastián c/Ferrocarriles Argentinos s/ordinario", considerandos 12 y 13).

8º) Que si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal —en otras composiciones— se ha manifestado en sentido contrario a la admisibilidad de reclamos como el *sub examine*, cuando se ha otorgado al soldado o, en su caso, a sus derechohabientes el haber mensual previsto por las normas impugnadas, tal doctrina se ha

apoyado en la necesidad de evitar la acumulación de beneficios que respondan a la misma finalidad "resarcitoria" del daño producido (Fallos: 291:280, considerando 12). Es decir, según esta doctrina, el haber de retiro que percibe la víctima o sus deudos tiene "naturaleza resarcitoria".

9º) Que, sin embargo, y con posterioridad a los antecedentes jurisprudenciales reseñados, esta Corte ha ahondado en los alcances de tales preceptos y les ha otorgado carácter previsional, conclusión reforzada, en el caso, por la terminología empleada por el legislador en las denominaciones de los capítulos integrantes de los títulos III y IV de la ley citada, así como por la finalidad que informa la nota de elevación del proyecto de ley al Poder Ejecutivo, donde se señala que para las modificaciones introducidas se ha tenido en cuenta "la evolución de la doctrina previsional en nuestro país y en el mundo entero".

10) Que, así, ha dicho esta Corte en Fallos: 300:958 que "los vocablos *retiro* y *pensión* no se asocian, en efecto, con la idea de resarcimiento, reparación o indemnización, sino que poseen una notoria resonancia previsional, referida tanto a quienes, sea por su edad o por incapacidad, deban abandonar el servicio, como aquellos a los que aquel ordenamiento confiere beneficios que nacen en su cabeza como secuela del fallecimiento de un pariente de los allí enumerados". Si bien es verdad que los conscriptos no pueden pasar a retiro (art. 68), en el caso de quedar disminuidos para el trabajo en la vida civil, por actos del servicio militar, percibirán un haber en la forma y cantidad, equiparable a los retiros militares propiamente dichos, tal cual resulta de las normas pertinentes.

11) Que la inteligencia asignada en el considerando precedente a las normas en juego encuentra decidido apoyo, además, en el limitado monto del haber, lo que da una idea cabal del carácter alimentario y asistencial que reviste y que, obviamente, no puede cubrir los distintos aspectos que deben evaluarse a fin de establecer la reparación conforme a un adecuado enfoque de la responsabilidad emergente de los daños producidos a la víctima; bien entendido que la circunstancia de que en el *sub lite* sea el mismo

Estado el sujeto pasivo de ambos deberes —"asistir" y "reparar"— no puede llevar a confundir la diversa finalidad de las prestaciones consiguientes, extremo que resulta con mayor claridad si se visualiza el caso desde la óptica de la reglamentación legal y previsional propia de los trabajadores en relación de dependencia.

12) Que, en este sentido, el administrado que cumple el servicio militar hace en realidad una prestación obligatoria al Estado, que lo incorpora a sus filas por medio de un acto unilateral, aprovecha y utiliza sus servicios, del mismo modo —aunque con las particularidades del estado militar— que un empresario con relación a un trabajador. Si este último sufre un accidente, con motivo o en ocasión de su trabajo, que lo incapacita para continuar en él, percibirá del Estado la pensión por invalidez que acuerdan las leyes respectivas; pero, además, respecto de su empleador, será titular de una acción de resarcimiento de los daños causados.

13) Que, por otra parte, y aún cuando el conscripto se encuentra en una relación de derecho público administrativo con el Estado, tal circunstancia no invalida el funcionamiento de las reglas propias de la responsabilidad extracontractual cuando no sólo la ley específica no contiene disposición prohibitiva o limitativa que impida su aplicación sino que, además, otros ordenamientos legales atingentes a esta materia, incluyen al Estado como destinatario de aquélla. En efecto, el art. 2º de la Ley de Accidentes de Trabajo dispone que "el Estado Nacional, las Provincias o las Municipalidades responderán asimismo de los accidentes ocurridos a las personas obligadas a prestar un servicio con carácter de carga pública"; y más precisamente su art. 13 bis consagra la compatibilidad de beneficios cuando establece que "la indemnización acordada por esta ley no excluye ni suspende ninguno de los beneficios establecidos en las leyes de jubilaciones, pensiones y subsidios".

14) Que el hecho de que la acción se haya fundado en el *sub examine* en las normas del derecho civil que regulan la responsabilidad cuasidelictual no constituye óbice decisivo a esta interpretación, toda vez que el particular damnificado se ha limitado a ejercer la opción que —para tales circunstancias— regula el art. 17

de la ley 9688 y, en todo caso, la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere,* entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el *sub lite.*

15) Que, admitida la existencia en el plexo legal y constitucional de disposiciones que reconocen el derecho a un resarcimiento de los mayores daños causados a la víctima, la tacha de arbitrariedad formulada contra el fallo también resulta procedente, toda vez que para concluir sin más en la culpabililidad del actor, el tribunal *a quo* prescindió de la consideración de la confesión ficta de la demandada, en la cual el Estado reconoce las condiciones de precariedad y de falta de seguridad en que se desenvolvió la tarea realizada por el conscripto Gunther (fs. 47/48). Ante la ausencia de todo otro medio de convicción adverso (art. 417 del Código Procesal) no aparece razonable el encuadramiento del supuesto en la eximente prevista en la segunda parte del art. 1113 del Código Civil, sin que quepa en esta oportunidad el examen del acto realizado como configurativo o no de "un acto de servicio", puesto que ello resultó admitido *ab initio* por la demandada, y así resulta además del expediente tramitado en sede administrativa a los fines del otorgamiento del haber que percibe la actora.

16) Que en tales condiciones y sentado que la determinación de los daños constituye objeto propio de los jueces de la causa y extraño a esta instancia de excepción, sólo resta considerar el recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional, circuns-

cripto al reconocimiento por la alzada de los daños material y moral originados en la negligente atención hospitalaria posterior. Admitida la aplicación de las normas de derecho común en el ámbito del derecho público según lo señalado en el considerando 14), los reparos propuestos por la apelante sólo trasuntan meras discrepancias con relación al alcance de aquéllas y a la valoración de las circunstancias de hecho debatidas en el proceso, aspectos que se encuentran al margen de esta vía excepcional, que según conocida jurisprudencia de este Tribunal no tiene por objeto sustituir a los jueces en la resolución de cuestiones que les son privativas ni habilita una tercera instancia para debatir temas no federales (Fallos: 298:360; 301:909).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General, se desestima la queja, se declara improcedente el recurso extraordinario interpuesto por la demandada y se hace lugar al deducido por la actora, dejándose sin efecto la sentencia apelada en cuanto a la materia de este último.

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT *(en disidencia parcial)* — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO BACQUÉ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que, al modificar el fallo de la instancia anterior, admitió en forma parcial la demanda por los daños y perjuicios causados al actor con motivo del accidente sufrido mientras cumplía el servicio militar obligatorio, las partes dedujeron los recursos extraordinarios que fueron concedidos a fs. 317.

2º) Que el actor reclamó —con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil— la indemnización de los mayores daños irrogados mientras cumplía el servicio militar al cual había sido nuevamente convocado a fines del año 1978, originados en su caída desde el techo de la cantina del batallón del que formaba parte, donde se hallaba reparando los desperfectos de la antena de un aparato de televisión que transmitía el desarrollo de una carrera automovilística observado por un grupo de soldados y suboficiales de guardia. Tal infortunio, que trajo aparejado el seccionamiento de la médula espinal y la consecuente parálisis de la mitad inferior de su cuerpo, determinó que el Estado —previo encuadramiento del hecho como un "acto de servicio" y reconociendo una incapacidad equivalente al 100 % de la total obrera— le otorgara el haber de retiro previsto por los arts. 77 y 78 de la ley 19.101, consistente en la percepción, de por vida, del sueldo y suplemento generales del grado de cabo.

3º) Que el tribunal *a quo* sólo admitió la procedencia del resarcimiento de los daños material y moral emergentes de la defectuosa atención posterior al accidente, pues concluyó que al no concurrir un supuesto de dolo o culpa grave de las Fuerzas Armadas ni un abuso en el cometido encomendado, la responsabilidad del Estado se hallaba limitada a lo prescripto por la ley específica, aplicable a los ciudadanos que se hallan bajo "estado militar", de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21 y 67, inciso 23, de la Constitución Nacional y lo resuelto por la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 184:378; 197:561; 204:428; 207:176; 291:280).

4º) Que el punto referente a la inexistencia de dolo o culpa por parte de la demandada es una cuestión de índole fáctica, que ha sido resuelta por el *a quo* con una sólida fundamentación, que torna inaplicable al caso la doctrina excepcional de la arbitrariedad (Fallos: 297:100; 299:226; causas D.23.XX. "Delgado Báez, Blas A. c/S.I.P.A. y otros", y D.412.XX. "Druett, Fábrica de Maquinarias Agrícolas S.A. c/Arizmendi, Fernando M.", sentencias del 26 de marzo y del 18 de abril de 1985, respectivamente, entre muchas otras), por lo que su decisión, en este aspecto, no es revisable en la instancia extraordinaria.

5º) Que, esto sentado, cabe analizar la responsabilidad extracontractual que pudiera caberle a la demandada por los daños sufridos por el actor, sin culpa por parte de aquélla. Esta responsabilidad fue admitida por la Corte, que reconoció al hacerlo que ella era de índole constitucional (Fallos: 195:66; 247:432; 302:159). Las disposiciones constitucionales tenidas en cuenta al sentar esa doctrina eran los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, en tanto se refieren al derecho de propiedad. En el caso será necesario, además, tener presente la obligación contenida en el art. 21 de la Constitución Nacional en el momento en que deba realizarse la hermenéutica de las disposiciones constitucionales y legales aplicables.

6º) Que en los casos citados, en que admitió la responsabilidad referida, tras esta admisión, el Tribunal agregó que a falta de disposiciones legales expresas para hacer efectivos los resarcimientos que correspondieran, cabía remitirse a los principios generales del derecho y a las disposiciones que rigen situaciones análogas (Fallos: 195:66; 274:432); para esto, cuando se trataba de situaciones equiparables conceptualmente, reconoció la función del derecho civil como legislación subsidiaria del derecho administrativo (Fallos: 183: 234; 191:490; 208:87), especialmente cuando se trataba de cuestiones patrimoniales, que tienen en el Código Civil un régimen jurídico de ajustada aplicación (Fallos: 237:452; 296:672).

7º) Que de la doctrina citada se desprende que tal aplicación supletoria de normas de derecho común, en causas en que estaba en juego la responsabilidad del Estado por hechos o actos acaecidos sin culpa del responsable, tuvo como condición la falta de una legislación propia en el campo del derecho público, que determinara el modo de establecer la indemnización debida.

8º) Que esto no ocurre en el *sub examine*, en que las disposiciones cuestionadas de la ley 19.101 contienen previsiones que reglan aquella materia.

Una inteligencia distinta que sostuviera la insuficiencia de las reparaciones previstas en dicha ley, que pretendiera aplicar en este caso, tal como se hizo en supuestos diferentes, disposiciones

extraídas del derecho común, no tendría en cuenta el plexo normativo aplicable, en el que ocupa un lugar capital el art. 21 de la Constitución Nacional, que impone a los ciudadanos la obligación de armarse en defensa de la Patria.

9º) Que esta obligación hace inadecuado pensar en que quepa aplicar al *sub lite* normas del derecho común, que están destinadas a proteger los derechos de los habitantes en situaciones radicalmente diferentes. Tal aplicación desnaturalizaría el carácter del servicio militar, que encierra siempre un álea bélica, y que por imperio de la Constitución se impone a los ciudadanos como una obligación.

Admitir lo contrario impondría al Estado una responsabilidad desproporcionada, atento a la magnitud de la citada álea, frente a la cual la Nación requiere un esfuerzo de los ciudadanos que precisamente asegure su defensa, por encima de la carga económica que supondrían otras modalidades de hacer frente a los requerimientos militares, dentro de las cuales fueran aplicables las instituciones del derecho común, en cualquiera de sus ramas —aun aquéllas que revisten carácter tuitivo—.

10) Que en cuanto al recurso interpuesto por la demandada, éste está referido a las indemnizaciones que el *a quo* consideró procedentes por las consecuencias derivadas del accidente, y no por este hecho en sí, que fue encuadrado como acto de servicio.

11) Que aducida la culpa del Estado en cuanto a la atención médica que recibió el actor, la situación es distinta de la planteada por el hecho del accidente, en el que no medió tal culpa.

La falta de previsión de dicho supuesto en el derecho público aplicable, obliga a considerar si los argumentos vertidos sobre la índole de la institución establecida por el art. 21 de la Constitución Nacional impiden, también cuando media culpa del responsable, imponer al Estado la satisfacción de reparaciones patrimoniales.

12) Que, en efecto, correspondería excluir tales reparaciones cuando las exigencias materiales derivadas de ellas impidiesen una

eficaz defensa de la Nación, comprometiendo así su continuidad e integridad, ya que cabe interpretar que la intención del Constituyente, al establecer el texto del citado art. 21 de la Constitución Nacional fue precisamente, anteponer la defensa de la Patria a requerimientos de índole económica.

13º) Que aquella hipótesis de fundamental urgencia no se dio en el *sub lite*, en que la atención médica no se le brindó al actor en un teatro de operaciones militares, ni en una situación bélica actual, lo que aventa toda consideración que no permita aplicar la jurisprudencia citada de esta Corte, que admitía la aplicación supletoria del derecho común en materia de responsabilidad del Estado.

14º) Que como consecuencia de todo lo expuesto no cabe sino concluir que los reparos de los apelantes sólo trasuntan sus discrepancias con el alcance que acordó el *a quo* a la legislación aplicable y con la valoración de las circunstancias de hecho debatidas, aspectos que no autorizan la apertura de la vía excepcional del recurso extraordinario (Fallos: 298:360; 301:909).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declaran improcedentes los recursos extraordinarios interpuestos.

CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que, al modificar el fallo de la instancia anterior, admitió en forma parcial la demanda por los daños y perjuicios causados al actor con motivo del accidente sufrido mientras cumplía el servicio militar obligatorio, la actora interpuso el recurso ordinario de apelación autorizado por el art. 24, inc. 6º, apartado a), del decreto-ley 1285/58 que, denegado, motivó la deducción de la presente queja.

2º) Que, según conocida jurisprudencia de esta Corte, para la procedencia del recurso ordinario de apelación en tercera instancia en causa en que la Nación directa o indirectamente revista el carácter de parte, resulta necesario demostrar que el "valor disputado en último término", o sea aquél por el que se pretende la modificación de la condena o "monto del agravio" excede el mínimo legal a la fecha de su interposición (Fallos: 245:46; 246:303; 297:393; 302:502).

3º) Que la apelante no ha demostrado sobre la base de las constancias de la causa el cumplimiento del citado recaudo, puesto que aún cuando la determinación del monto litigioso pueda ser referida a un tiempo anterior al señalado en el auto denegatorio (fs. 279), el fallo impugnado hizo lugar en parte a su pretensión, por lo que la sustancia económica discutida no se hallaría representada por las sumas reclamadas en la demanda sino por la diferencia entre las fijadas y las mayores a las que aspira la recurrente, porque tal sería el valor disputado en último término (Fallos: 261:394; 283:392; 285:185; H.115.XIX. "Hilanderías Olmos S.A. s/intervención órgano judicial - incidente de veedores (regulación de honorarios)", del 28 de junio de 1984). Dicha falencia da sustento adecuado a la denegación de dicho remedio procesal e impone desestimar la queja respectiva.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se desestima la queja.

CARLOS S. FAYT.

OSCAR GERARDO RIPAMONTI v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES

COSA JUZGADA.

La cosa juzgada busca amparar, más que el texto formal del fallo, la solución real prevista por el juzgador.