En Buenos Aires a los 3 días del mes de agosto de dos mil quince, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer respecto de los recursos interpuestos en autos: “Loveli S.A. c/E.N. - Mº Salud s/daños y perjuicios”, contra la sentencia obrante a fs. 924/930, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor José Luis Lopez Castiñeira dijo:

I.- Loveli S.A. entabló demanda contra el Estado Nacional - Secretaría de Salud del Ministerio de Salud de la Nación a fin de obtener la indemnización de los daños y perjuicios que padeciera como consecuencia de la ilícita conducta desplegada por la requerida al suspender el registro y la importación de anteojos pregraduados para la presbicia y postergar el dictado de las previsiones regulatorias sobre la fiscalización y venta de dicha mercadería por más de tres años (fs. 2/25).-

Solicitó la reparación de los siguientes rubros: a) el deterioro de la mercadería retenida; b) la imposibilidad de ubicarla tras su liberación en el mercado por haber cambiado la “moda” (sic); c) el costo del alquiler del depósito fiscal; d) las sumas que debió abonar a sus agentes vendedores que le iniciaron acciones como consecuencia de la disminución de las ventas por la suspensión de la importación; e) la involución en la actividad comercial -que comenzó a partir de la prohibición de importar lentes pregraduadas-; f) pérdida de clientela; y g) merma en su imagen empresarial. Cuantificó su reclamo en la suma de $ 803.865,15 -o lo que en más o en menos surgiera de la prueba a producir, incluyendo asimismo los perjuicios que continuaran produciéndose por el mero transcurso del tiempo-, con más los intereses correspondientes a tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina desde la fecha del daño producido y hasta el efectivo pago.-

Indicó que su principal actividad era la importación y venta de anteojos pregraduados para la presbicia (popularmente conocidos como “anteojos para leer”) y lentes para sol, mercado que dominaba como consecuencia del continuo esfuerzo de sus empleados, inversión en material y buen trato y fidelidad hacia sus clientes.-

Señaló que por disposición A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 (del 20/4/2005), fruto del empeño corporativo de la Cámara Argentina de Ópticas (C.A.De.O.), se suspendió la importación y el registro de todas las lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia; paralización que duró hasta la entrada en vigencia de la resolución Ministerio de Salud Nº 857/2008 (del 24/10/2008) que la habilitó y autorizó su funcionamiento como empresa importadora de productos médicos.-

Destacó que durante ese lapso se vio privada de ejercer su principal actividad comercial y que los perjuicios se verificaron aún con posterioridad al reinicio de las tareas, pues debió reposicionarse en el mercado, recomponer la cartera de clientes; lo que, por lo menos, le demandó dos o tres años.-

Aclaró que lo que reclamaba era la reparación de los perjuicios derivados de la ilícita demora de la Administración en regular la actividad a la que se dedicaba, viéndose impedida de importar anteojos pregraduados para la presbicia por más de tres años, con la consecuente reducción de sus ventas.-

A fin de justificar la responsabilidad del Estado por lo acontecido, refirió que la A.N.M.A.T., como autoridad de aplicación en materia de productos para la mejora en la salud del ser humano, dictó la referida disposición Nº 2.331/2005, que dispuso la suspensión de la comercialización de productos ópticos que rigió por más de tres años, excediendo holgadamente la limitación temporal prevista para este tipo de medidas en el artículo 18 de la ley 16.463 (90 días hábiles).-

Relató que dicho precepto fue dictado como consecuencia de la decisión adoptada por el Juzgado Nº 2 de este Fuero en la causa Nº 25.802/2001 caratulada: “Cámara Argentina de Ópticas -C.A.De.O.- c/A.N.M.A.T. - Tecnología Médica s/amparo ley 16.986” (criterio confirmado posteriormente por la Sala I y el Alto Tribunal), según el cual resultaba inválido el instructivo vigente hasta ese entonces pero no por “descontrol” (sic) ni riesgo sanitario sino por incompetencia de grado de parte de quien lo aprobó. Así las cosas -continuó-, mantener la suspensión por un término holgadamente superior al autorizado por ley (90 días), la imposibilitó de retirar del puerto dos embarques del producto en cuestión y continuar con su actividad, lo que trajo aparejada una considerable merma en su facturación.-

Recordó que a efectos de superar tal situación, promovió una acción de amparo (causa Nº 13.583/2007 caratulada: “Lovelli S.A. c/Estado Nacional - Ministerio de Salud - resolución 102/95 s/amparo ley 16.986”, resuelta el 20/11/2007), que fue acogida por el Juzgado Nº 2 del Fuero, oportunidad en la que se ordenó a la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud que, en tanto se había conculcado -por omisión- los derechos de la accionante a trabajar y ejercer toda industria lícita, debía arbitrar los medios necesarios para que dentro del plazo de sesenta días de notificada estableciera los mecanismos de fiscalización y control de calidad que posibilitaran la actividad en cuestión.-

Refirió que la importación de anteojos pregraduados para la presbicia se encontraba expresamente autorizada por el ordenamiento legal vigente (ley 16.463 y su decreto reglamentario Nº 9.763/1964) y avalada por la resolución del Ministerio de Economía Nº 102/1995 (dictada al amparo del decreto Nº 2.284/1991, posteriormente ratificado por ley 24.307, quedando zanjada la supuesta limitación contemplada en el artículo 68 de la ley 17.132), según la cual el expendio de productos que tuvieran por finalidad interponerse en el campo visual -aún cuando no tuviesen fines terapéuticos-, era exclusividad de los ópticos.-

Añadió que durante la vigencia de la disposición A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 (que suspendió la importación y registro de anteojos pregraduados para la presbicia) y hasta que fue dictada la resolución Ministerio de Salud Nº 857/2008, el Estado Nacional conculcó sus derechos a trabajar y ejercer una industria lícita, lo que importó un grave daño patrimonial.-

Resaltó que dicha suspensión determinó que se retuvieran dos importantes cargamentos de anteojos pregraduados en el depósito fiscal South American Docks -sito en esta ciudad-, cuyo monto ascendía a la suma total de U$S 151.869, que a la cotización del dólar vigente al entablar la demanda, equivalía a la suma de $592.289. Ahora bien, prosiguió, en tanto solamente pudo recuperar -estimativamente- el 50% de esa mercadería (porque además del deterior sufrido por su prolongada permanencia en contendores y las consiguientes roturas, en buena medida estaría “fuera de moda” (sic) por cambios de formato, colores y demás cuestiones), reclamaba únicamente la suma de $ 290.829 por tal concepto.-

Asimismo, requirió que se le abonaran los $24.000 que pagó a lo largo de los veintisiete meses transcurridos por alquiler del depósito fiscal.-

Por otro lado, indicó que la imposibilidad de vender anteojos pregraduados para la presbicia por la suspensión de las importaciones le generó una baja en las operaciones que provocó una disminución de la actividad de los agentes vendedores que se desempeñaban bajo su órbita o bien para las ópticas asociadas; lo que motivó distintos reclamos de índole laboral que repercutieron negativamente sobre su patrimonio y el de sus accionistas y directivos. Al punto, hizo una referencia detallada de lo acontecido en cada una de los procesos prejudiciales (ante el Se.C.L.O.) y judiciales en los que tuvo que intervenir, con la correspondiente solución alcanzada (ver esp. fs. 8 vuelta/9 vuelta); solicitando el pago de las sumas que tuvo que desembolsar para finalizar esos conflictos.-

Además, alegó que la situación descripta motivó una involución en su actividad comercial (que si bien comenzó con la entrada en vigencia de la prohibición de importar, pudo neutralizar sus consecuencias mientras duró el stock en reserva con el que contaba), pérdida de clientela (por falta de mercadería para vender) y de su imagen empresaria; rubros cuya comprobación y cuantificación surgiría de la pericial contable a practicar.-

Entre las pruebas ofrecidas y requeridas, vale destacar la relativa a la designación de oficio de un perito contador para que determinara distintas cuestiones que avalarían -a su entender- la procedencia de los daños reclamados (ver punto “XI.C” del escrito de inicio; fs. 13 y vuelta) y la opinión de un consultor técnico de parte.-

II.- Al contestar demanda, el Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación solicitó la citación como tercero de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T.) -en los términos del artículo 94 del código de rito-, se opuso a los puntos de pericia solicitados (por alcanzar a todos los productos comercializados por la reclamante) y la prueba informativa (oficios a tendiente a solicitar la remisión de los juicios laborales, en tanto no guardaban relación con el objeto de la presente litis), contestó los argumentos expuestos por la firma actora y, en definitiva, requirió que se rechazara la demanda entablada (fs. 95/108).-

III.- Corrido el traslado del pedido de citación del tercero, Loveli S.A. señaló que si bien a su entender no correspondía que fuera demandada la A.N.M.A.T. -ya que se trataba de un organismo que actúa dentro de la estructura de la requerida-, de así quererlo aquella, no se oponía a su intervención en tal condición (fs. 110) La A.N.M.A.T. se presentó, opuso defensa de falta de legitimación pasiva (por tratarse de un órgano descentralizado del Ministerio demandado), contestó los argumentos formulados por la reclamante y solicitó el rechazo de su pretensión indemnizatoria (fs. 145/154).-

Respecto de la excepción de “falta de legitimación pasiva” introducida, la firma actora indicó que en tanto la demandada fue quien solicitó traer a juicio a la A.N.M.A.T. y en tanto no tenía interés en su participación pues no la consideraba responsable de los perjuicios cuya reparación solicitó, pidió que dicha incidencia fuera resuelta entre quienes la generaron, sin que ello le generara costas a su cargo (fs. 158/159).-

En cambio, el Estado Nacional – Ministerio de Salud de la Nación indicó que la excepción opuesta debía ser desestimada en tanto los presuntos daños ocasionados responderían a una errada interpretación de la disposición Nº 4.331/2005 dictada por la A.N.M.A.T. y a la falta de mecanismos de fiscalización y control de la resolución Nº 102/1995; todo lo cual determinaba la necesaria intervención de esa dependencia administrativa, que tiene personería propia habilitada por ley para intervenir y asumir la calidad de tercero citado en juicio. IV.- La señora jueza admitió la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por el tercero A.N.M.A.T., hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por Loveli S.A. contra el Estado Nacional - Ministerio de Salud y, en consecuencia, lo condenó a abonar la suma que resultara de la liquidación a practicarse de conformidad con lo dispuesto en el considerando VIII del pronunciamiento. Distribuyó las costas en un 80 % a cargo de la requerida y el restante 20% a cargo de la actora.-

Acogió la excepción de falta de legitimación pasiva articulada tras considerar que la obligación de disponer los medios necesarios para llevar a cabo la fiscalización y comercialización de los productos involucrados, recaía en la Secretaría de Salud del Ministerio del Salud, más no en la A.N.M.A.T., quien resultaba ajena al accionar omisivo denunciado. Al punto, recordó que en la causa Nº 13.583/2007 caratulada “Lovelli S.A. c/E.N. - Mº de Salud - Resol. 102/95 s/amparo ley 16.986”, se sostuvo que: a) la A.N.M.A.T. era un organismo descentralizado que funcionaba dentro de la órbita de la Administración Pública Nacional, dependiente técnica y científicamente de las normas directivas que le imparte la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social (conf. artículos 1º y 2º del decreto Nº 1.490/1992).-

b) la actividad de importación de lentes pregraduados para la corrección de la presbicia se encontraba alcanzada por la ley 16.463 y su decreto reglamentario Nº 9.763/1964 que -en lo principal- preveían que el Ministerio de Salud tenía a su cargo el ejercicio del poder de policía sanitaria de la actividad en cuestión, la facultad de otorgar las autorizaciones para realizarla a las personas interesadas y la atribución de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias necesarias para el cumplimiento de las finalidades allí indicadas.-

c) si bien era cierto que corresponde a la A.N.M.A.T. elaborar, proponer y aplicar las normas referentes a la importación de los productos en cuestión y fiscalizar su cumplimiento, no lo era menos que correspondía a la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud la realización de todas aquellas actividades necesarias para la concreción de los objetivos impuestos por las normas respectivas y posibilitar el ejercicio pleno de los derechos individuales por ella reconocidos. d) en tanto el A.N.M.A.T. puso en conocimiento de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud la suspensión ordenada mediante la disposición Nº 2.331/2005, ésta última no podía eludir su deber de control sobre las consecuencias de su dictado (la suspensión sine die de la importación y/o liberación en el mercado interno de los productos en trato), por lo que correspondía que la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud de la Nación arbitrara los medios necesarios para que -dentro del plazo de 60 días- estableciera los mecanismos de fiscalización y control de calidad que posibilitara la importación de los productos en cuestión.-

Sentado ello, la señora magistrado resaltó que recién con la decisión adoptada en el proceso judicial anteriormente referido, el Ministerio de Salud procedió al dictado de la resolución Nº 857/2008, por la cual se establecieron los mecanismos de fiscalización y control para el registro sanitario de los anteojos pregraduados para la presbicia, determinando que correspondía aplicar los previstos en el artículo 1º del Reglamento Técnico Mercosur G.M.C. resolución Nº 40/2000 y que la A.N.M.A.T. sería la autoridad de aplicación de aquel precepto, quedando facultada para reglamentarla y controlar su cumplimiento.-

Como consecuencia de lo dispuesto en el acto indicado -continuó- por disposición Nº 5.628/2008 la A.N.M.A.T. reglamentó la resolución precitada, dejando sin efecto la resolución Nº 2.331/2005 y por resolución Nº 6.260/2008 habilitó y autorizó el funcionamiento de la actora como empresa importadora de productos médicos.-

Así las cosas, consideró que desde el dictado de la resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 por la que se suspendió el registro y la importación de los lentes pregraduados y hasta el dictado por parte del demandado de la resolución Nº 857/2008, que fijó los mecanismos aplicables para el registro sanitario de ellos, lo que aparejó la derogación de la resolución prohibitiva, transcurrieron tres años, lo que importaba una dilación omisiva en el ejercicio del poder de policía sanitario; postergación indebida que afectó la actividad comercial de la actora dedicada a la importación y posterior comercialización de la productos en cuestión. Recordó que las funciones estatales atinentes al poder de policía -tales como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y el bienestar de los habitantes- si bien comportaba una actividad lícita, no obstaba a reconocer la responsabilidad del Estado en la medida en que, con aquellas obras, se hubiera privado a un tercero de su propiedad o se lo hubiera lesionado en sus atributos esenciales.-

Concluyó que en la especie se configuró un supuesto de responsabilidad extracontractual por accionar ilícito del Estado. Al efecto, señaló que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe realizarlo en condiciones adecuadas para cumplir el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución; noción que constituye el conocido concepto de “falta de servicio” que en el Código Civil vigente encuentra sustento en el artículo 1.112 y ha sido receptado en el iniciso d) del artículo 3º de la ley 26.944.-

Admitida la responsabilidad estatal, analizó cada uno de los rubros indemnizatorios peticionados, a cuyos efectos destacó que de la pericial contable practicada surgía que la firma actora importó la mercadería involucrada mediante los cargamentos (B/L) EDSHSE Nº 0605047 y Nº 06044198 y que hasta que pudo disponer de la mercadería pasaron 33 y 36 meses respectivamente.-

Sentado ello, en lo atinente a la reparación de la mercadería en sí, resaltó que si bien con una dilación significativa, le fue restituida a la reclamante y -por ende- no podía prosperar un resarcimiento del costo total de lo importado. Al punto, recordó que quien procura obtener la reparación de un daño debe probarlo fehacientemente, trayendo al litigio la información necesaria para su determinación a fin de demostrar su existencia real y efectiva. Sin perjuicio de ello, estimó razonable reconocer la suma de $100.000 por las deficiencias que la permanencia en el depósito pudo ocasionar.-

En lo referente al canon locativo, reconoció el pago de $ 20.684,13, suma que fue oportunamente abonada a South American Docks por el período comprendido entre el 2/11/2006 y el 4/12/2008.-

En cuanto a lo pagado en concepto de “juicios laborales conciliados” que los vendedores de sus productos le iniciaron como consecuencia de la disminución de las ventas por el período en análisis, destacó que:  
 -los señores Teodoro Grinberg y Ricardo Vandenberghe pactaron un acuerdo espontáneo por la suma de $5.565 y $3.000, sumas que debían ser resarcidas.-

-en relación a Juan Carlos Cabreras y Flavio Hernán Burbinsky no se acompañaron las correspondientes actuaciones por ante el Se.C.L.O.; lo que determinaba su rechazo.-  
 Refirió que, aclarados los hechos por el dictamen de un experto en la materia, corresponde al juez aplicar el derecho y valorar las consecuencias jurídicas que aquéllos tienen en el marco del debate, sin que existiera impedimento alguno para que estime esos hechos de un modo diverso de lo que pretende el experto.-  
 -si bien los señores Adrián Malnatti y José María Conti iniciaron sendas acciones judiciales, en tanto al fallar se encontraban en trámite sin conciliación ni sentencia judicial condenatoria, se imponía el rechazo de su inclusión como erogaciones laborales.-  
 -los señores Claudelino Antonio López Aranda y Matías Sebastián Albite, celebraron acuerdos conciliatorios, por lo que correspondía reconocerle a la firma actora la parte proporcional de lo que hubiera abonado sobre los montos totales de $36.000 y $24.000 respectivamente.-

En lo que tiene que ver con el resarcimiento de la involución de la actividad comercial, refirió que de la pericial surgía por el período involucrado, respecto de las operaciones de venta realizadas los siguientes porcentuales de disminución con respecto al año base 2005: año 2006 un 13,41%, año 2007 un 45,98%, 2008 un 65,90% y, en relación a la evolución de operaciones por clientes los siguientes totales: por el año 2005 6.262, por el año 2006 5.424, por el año 2007 3.379, por el año 2008 2.136 y por el año 2009 (en los cuatro primeros meses 693; datos de los que se desprendía la pronunciada disminución de operaciones realizadas, verificándose una notoria pérdida de clientela.-

Señaló que en tanto el experto indicó que la cantidad de clientes que dejaron de comprarle a la firma ascendía a 1.483, que los clientes que se reintegraron a la firma ascendían a 752 y que de estos, 427 eran clientes “viejos” (sic), que desde 2005 nunca dejaron de comprarle, y se habían generado 325 clientes nuevos, supuestos que han de ser considerados como situaciones propias del riesgo empresario, correspondía fijar como resarcimiento de ambos ítems la suma de $300.000.-

Finalmente, entendió que el resarcimiento por pérdida de imagen comercial debía ser rechazado en tanto no se encontraba debidamente probado el efecto negativo que sobre su prestigio comercial causó la situación configurada.-

Dispuso que los montos reconocidos devengarían intereses según la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina, que habrían de correr desde el dictado de la resolución Nº 857/2008 hasta su efectivo pago.-

Las costas las distribuyó del modo indicado en atención al progreso de las pretensiones de cada una de las partes.-

V.- Disconforme con lo resuelto, el Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación apeló a fs. 934, expresando agravios a fs. 953/955.-

Sostuvo que la señora jueza efectuó una interpretación forzada y contradictoria del tipo de responsabilidad que correspondía endilgarle. En efecto, prosiguió en su razonamiento, en el considerando VI la decisora expresó que “las funciones estatales atinentes al poder de policía … si bien es lícita no obsta a la responsabilidad del Estado en la medida que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se lesione en sus atributos esenciales”, sin embargo a renglón seguido entendió que la Administración había incurrido en responsabilidad extracontractual por accionar ilícito derivado de una supuesta falta de servicio en los términos del artículo 1.112 del Código Civil y del inciso d) del artículo 3º de la ley 26.944.-

Recordó los recaudos que han de verificarse a efectos de que se reconozca judicialmente la responsabilidad estatal por actividad lícita (daño cierto, imputable jurídicamente al Estado, una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, un factor de atribución suficiente y la verificación de un sacrificio especial del damnificado) y los exigidos en caso de responsabilidad por actividad ilícita (daño cierto, imputable al Estado, una relación de causalidad y un factor de atribución suficiente).-

Tales circunstancias denotaban que la sentenciante había incurrido en una ambigüedad que lo perjudicaba pues cercenaba su derecho de defensa y conllevaba la nulidad del acto jurisdiccional en cuestión.-

Se agravió también de la evaluación de la pretensión resarcitoria, que se basó en estimaciones sin sustento concreto. En lo que hace al daño emergente (derivados de la retención de dos cargamentos de anteojos pregraduados que permanecieron en el depósito fiscal) le fueron reconocidos a la actora $100.000, pese a que la señora magistrado haya tenido por probado que la mercadería fue restituida, justificando el resarcimiento en el “deficiente estado de permanencia”.-

En lo que refiere a los juicios laborales que la reclamante habría enfrentado a raíz de la disminución de sus ventas en ese período -incluyendo capital y honorarios-, indicó que no se encontraba probados que esos procesos pudieran ser imputables a la conducta llevada que había llevado a cabo. Al punto, citó jurisprudencia que avalaría su postura.-

Y, respecto de los rubros “involución de la actividad comercial” y “pérdida de clientela” señaló que no se comprendía por qué la señora jueza reconoció un resarcimiento de $300.000 si las consideraba situaciones propias del “riesgo empresario”. Por lo expuesto, solicitó que se revocara el pronunciamiento dictado en cuanto fue materia de agravios y, en consecuencia, se rechazara en todos sus términos la demanda entablada.-

Dicha presentación mereció réplica de la actora, que luce a fs. 962 y vuelta.-

VI.- También apeló Loveli S.A (fs. 932), quien expresó agravios a fs. 945/951.-

Señaló que la omisión ilícita en la que incurrió el Estado Nacional -a través de la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y la A.N.M.A.T.- al suspender durante más de tres años la importación y/o liberación en el mercado interno de todo tipo de lente pregraduada para la corrección de la presbicia, le impidió de desarrollar su actividad comercial habitual; extremo que se encontraba debidamente probado y correspondía que fuera indemnizado. Alegó que la señora jueza se apartó arbitrariamente de las conclusiones alcanzadas por el perito contador. En este sentido, resaltó que a pesar de que el experto determinó que por reclamos laborales debió abonar la suma total de $989.710,99, la decisora fijó un monto considerablemente menor.-

Indicó que el peritaje contable realizado en autos resultaba contundente y claro, por lo que mal podía desconocerse el resarcimiento del menoscabo en la imagen comercial de la firma por falta de prueba, cuando en realidad se había demostrado la pérdida de clientela, disminución de ventas y falta de crecimiento y ganancia estipulada (rubro también conocido como “proyección no sucedida”).-

Destacó que la magistrado no explicó los motivos por los que se apartó del informe del experto, limitándose a fijar montos irrisorios e incongruentes si se los compara con los resultados de la prueba producida, lo que importaba -cuanto menos- una defectuosa lectura del expediente.-

En punto al daño emergente, afirmó que el paso del tiempo hizo que los artículos importados pasaran de moda y que se deterioraran por estar en un depósito por más de tres años.-

Hizo hincapié en que tal como indició la decisora, el resarcimiento del daño emergente no podía cubrir el costo total importado, motivo por el cual solamente reclamó por el 50% (porcentaje que estimativamente no pudo rescatar) y en que el monto histórico reclamado ascendía a U$S75.935, teniendo en cuenta que el total involucrado era de U$S151.869. Por tal motivo, solicitó que se reconociera por daño emergente la suma de U$S75.935 o bien el equivalente en pesos, según la cotización oficial del dólar el día en que se dictase sentencia.-

En lo que respecta a las sumas que tuvo que abonar por juicios laborales a los vendedores de sus productos por disminución de ventas, se remitió nuevamente al informe del perito, según el cual Loveli S.A. tuvo que desembolsar la suma de $989.710,99, detallando al efecto cada uno de los pleitos y montos involucrados, entre los cuales figuraban los relativos a los señores Cabrera, Burbinsky, Malnatti y Conti.-

En referencia a estos últimos dos sujetos, resaltó que los Juzgados Nacionales del Trabajo Nº 23 y 51 oportunamente informaron los montos por los que se celebraron acuerdos conciliatorios ($690.000 y $92.958,80 respectivamente).-

Y, respecto de los señores Cabrera y Burbinsky, destacó que abonó las sumas de $19.123 y $ 92.000, respectivamente.-

En suma, por los procesos laborales, solicitó un resarcimiento equivalente a $894.083,80 en más de los que le acordó la señora jueza.-

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la pérdida de chance, indicó que las pérdidas padecidas alcanzaban sumas millonarias pues no importaban solamente la disminución de ventas y de clientela, sino que también implicaban la imposibilidad de continuar con un crecimiento sostenido y continuo del negocio comercial en trato.-

Para determinar el quantum de este rubro, prosiguió, debía analizarse la proyección no sucedida que respondía al nivel de ganancia que hubiera alcanzado bajo condiciones de normalidad, es decir, si no hubiese existido la omisión ilícita en la que incurrió el Estado Nacional.-

Por el período comprendido entre la restricción de importar y los primeros días de enero de 2009, momento en el que pudo disponer de la mercadería, indicó que a entender del experto contador le correspondía percibir la suma de $ 9.370.965. En cambio, por los años posteriores, siempre con remisión a la opinión del contador, la estimación de un crecimiento del 15% anual resultaba -como mínimo- razonable y documentada. La proyección de utilidad neta no sucedida en los años 2009 a 2011 alcanzaba -a su parecer- la suma total de $15.589.261, monto que calculaba sobre la base de aplicar el referido porcentaje sobre utilidad del ejercicio 2007-2008.-

Respecto del rubro “pérdida de imagen” señaló que debía estarse a las pruebas que indirectamente daban a entender que la imagen comercial de Loveli S.A. no era la misma a partir de la reducción del nivel de ventas y que su posicionamiento en el mercado empeoró. A efectos de calcular su reparación, entendió que debía tomarse como referencia la proyección no sucedida en los períodos subsiguientes al que estuvo retenida la mercadería, debiendo en consecuencia percibir por tal concepto la suma total de $15.589.261.-

Se quejó también respecto de la fecha a partir de la cual debían correr los intereses (a su entender correspondía calcularlos desde el día en que se produjo el hecho generador del daño, en el caso, el día en que se vio imposibilitada de importar -20/4/2005-) y en cuanto a la tasa aplicada, pretendiendo que se tome la activa que aplica el Banco de la Nación Argentina.-

Por último, solicitó que se modificara la distribución de costas decidida en la instancia de grado, imponiéndolas en su totalidad a cargo del Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación, quien resultó vencido en el proceso llevado a cabo. En este sentido, recordó que se opuso a la citación como tercero de la A.N.M.A.T. porque la consideraba dentro de la esfera del Ministerio de Salud, criterio que fue posteriormente adoptado por la sentenciante, de modo que no existía motivo valedero para que cargara con el veinte porciento de los accesorios.-

Tanto la A.N.M.A.T. como el Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación respondieron a esas quejas (ver fs. 957/960 y fs. 964/966 respectivamente).-

Sin trámites procesales pendientes de realización, a fs. 967 se dispuso que la causa se encontraba en condiciones de ser resuelta.-

VII.- Como primera medida, corresponde recordar que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que se pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo aquellas que sean conducentes para decidir el caso y basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (conf. C.S.J.N., en Fallos: 258:308, 262:222, 265:301, 272:225; 278:271; 291:390; 297:140, 301:970 y esta Sala, in re: “Cerruti, Fernando y otros c/P.N.A. - Disp. 448/09” del 25/10/2011). Tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (conf. C. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala B, in re: “P., A. c/S., E. S.”, del 5/2/2010).-

Vale decir que, en cada caso en el que le toca intervenir, el magistrado ha de realizar una verdadera reconstrucción histórica con el objeto de determinar si los hechos propuestos por las partes son ciertos o no. Para ello, examina detenidamente las pruebas rendidas, las aprecia con un criterio lógico jurídico y, finalmente, les asigna su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica (conf. artículo 386 del código de rito) y las máximas de la experiencia, constituyendo un límite esencial la fundamentación de sus argumentaciones (conf. esta Sala, in re: “Schalscha Germán c/A.N.A. s/daños y perjuicios”, del 14/5/2010).-

En este sentido, adviértase que lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante y pertinente, y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de importancia (conf. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, F.D.A., octava edición, 2003, Tomo I, página I-24, y esta Sala, in re: “Facal, Adriana Cristina c/U.B.A. (Facultad de Ciencias Económicas) s/empleo público”, del 15/9/2011); porque son los hechos los que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva, y el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de éstos (conf. Binder & Bergman, “Fact Investigation”, St. Paul, Minnesota, W.P.C., 1984, página XVII y Levi, “Introducción al Razonamiento Jurídico”, Bs. As., Eudeba, 1964, página 12; ambos referenciados por Agustín Gordillo, oportunamente citado).-

VIII.- Sentado ello, a fin de dar autosuficiencia al pronunciamiento, corresponde precisar los hechos que motivaron la iniciación de este proceso indemnizatorio.-

En tal examen, comiéncese por recordar que por ley 16.463 -de contralor de drogas y productos utilizados en medicina humana; publicada en el Boletín Oficial el 8/8/1964- se sometió a sus disposiciones y a la de los reglamentos que en consecuencia se dictaran, la importación, exportación, drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana y las personas de existencia visible o ideal que intervinieran en dichas actividades (ver su artículo 1º) y se estableció que estas actividades podrían realizarse únicamente previa autorización y bajo el contralor del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública, en establecimientos habilitados por aquel y bajo la dirección técnica del profesional universitario correspondiente (ver su artículo 2º).-

Dicha norma fue reglamentada por decreto Nº 9.763/1964.-

Luego, por ley 17.132 (publicada en el Boletín Oficial del 31/1/1967) se reguló el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, estableciéndose que: -tanto su control como el gobierno de las matrículas respectivas sería llevado a cabo por la Secretaría de Estado de Salud Pública (conf. su artículo 1º);  
 -todas las actividades relacionadas con la asistencia médico social y con el cuidado de la higiene y estética de las personas, en cuanto pudieran relacionarse con la salud de las mismas, serían sometidas a la fiscalización de la Secretaría de Estado de Salud Pública y sujetas a las normas de esta ley y sus reglamentaciones (conf. su artículo 3º).-  
 -serían consideradas actividades de colaboración de la medicina y odontología –entre otras, la que ejercen los ópticos técnicos (ver su artículo 42)-, la de las personas que colaboren con los profesionales responsables en la asistencia y/o rehabilitación de personas enfermas o en la preservación o conservación de la salud de las sanas (conf. el inciso c) de su artículo 2º); quienes para ejercer dichas profesiones o actividades deberían inscribir previamente sus títulos o certificados habilitantes en la Secretaría de Estado de Salud Pública, la que autorizaría el ejercicio profesional otorgando la matrícula y extendiendo la correspondiente credencial (ver sus artículos 5º y 45).-  
 -por ejercicio de la óptica técnica se entendería la actividad de anunciar, confeccionar o expender medios ópticos destinados a ser interpuestos entre el campo visual y el ojo humano (conf. su artículo 66), que podía ser ejercida por los que poseyeran el título de óptico técnico, experto en óptica o perito óptico (conf. su artículo 67).-  
 -quienes ejercieran la óptica podrían actuar únicamente por prescripción médica, debiendo limitar su actuación a la elaboración y adaptación del medio óptico y, salvo en aquellos casos en los que se exigiría la adaptación mecánica del lente de contacto, no podrían realizar acto alguno sobre el órgano de visión del paciente que implicara un examen con fines de diagnóstico, prescripción y/o tratamiento (conf. su artículo 69).-  
 -toda persona que deseara instalar una casa de óptica o de venta de lentes debería requerir la autorización previa a la Secretaría de Estado de Salud Pública (conf. su artículo 70).-  
 -el despacho al público de anteojos de todo tipo y todo otro elemento que tuviera por fin interponerse en el campo visual para corregir sus vicios, podría tener lugar solamente en las casas de óptica previamente habilitadas (conf. su artículo 68).-

Por decreto Nº 2.505/1985 se dispuso que, sin perjuicio del cumplimiento de las normas establecidas en el decreto Nº 9.763/1964 (reglamentario de la ley 16.463), quedaban sometidas a sus disposiciones las actividades aludidas en el artículo primero de este último precepto, referente a los materiales, instrumentales y equipos consignados en su anexo I.-

En consecuencia, fue dictada la disposición Nº 4.801/1987, por medio de la cual el Subsecretario de Regulación y Control del creó -bajó su órbita- un Registro de Productores y Productos en el que debían inscribirse -en el lapso de 90 días- las personas que estuvieran realizando en ese entonces las actividades de importación, producción, elaboración y/o envase de los elementos a los que se hizo referencia en el párrafo anterior.-

En este contexto se dictó el decreto Nº 2.284/1991, por el cual, en cuanto aquí importa referir:

-se autorizó la venta de especialidades medicinales catalogadas como “de expendio libre” por autoridad sanitaria, en aquellos establecimientos comerciales no comprendidos en la ley 17.565 (conf. su artículo 14) y la venta de especialidades medicinales en aquellos establecimientos comerciales que habilitaran espacios especialmente acondicionados para funcionar como farmacias en las condiciones que determinara la autoridad de aplicación de la Ley Nº 17.565 (conf. su artículo 15).-

-se permitió la importación de medicamentos elaborados y acondicionados para su venta al público a laboratorios, farmacias, droguerías, hospitales públicos y privados, y obras sociales (conf. su artículo 16).-  
 -se suprimieron todas las restricciones, cupos y otras limitaciones cuantitativas a las importaciones y a las exportaciones para mercaderías, de acuerdo a lo que dispusiera la autoridad de aplicación (conf. su artículo 19).-  
 -se dejó sin efecto toda intervención, autorización o cualquier acto administrativo de carácter previo sobre las operaciones de exportación y sobre la documentación aduanera con la que se tramitaran los embarques (conf. su artículo 20).-  
 -se dejaron sin efecto las intervenciones, autorizaciones o cualquier acto administrativo de carácter previo a la intervención de la por aquel entonces Administración Nacional de Aduanas para la importación de bienes no comprendidos en los artículos precendentes, con excepción de los productos peligrosos para la salud o al medio ambiente, de acuerdo a la legislación específica vigente (conf. su artículo 25).-

Vale referir que de sus considerandos se desprende que dicho precepto fue dictado en ejercicio del poder de policía, para afianzar y profundizar la libertad económica y la reforma del Estado con el objeto de consolidar la estabilidad económica, evitar distorsiones en el sistema de precios relativos y mejorar la asignación de recursos en la economía nacional, a fin de asegurar una más justa y equitativa distribución del ingreso; resultando imperioso -con el fin de abaratar los precios de venta al público-, desregular la comercialización de medicamentos, facilitando la libre instalación de farmacias por parte de cualquier persona física o jurídica que reuniera las calidades que se requieren para desempeñarse en esa actividad. En consecuencia, se tomaba la decisión de disponer la libre comercialización de este tipo de productos, lo que permitiría ampliar la oferta en el mercado local contribuyendo a reforzar los efectos favorables a los consumidores, de acuerdo a las facultades que la ley 16.463 confería al Poder Ejecutivo Nacional en la materia.-

Posteriormente, por decreto Nº 150/1992 fue reglamentado el registro, elaboración, fraccionamiento, prescripción, expendio, comercialización, exportación e importación de medicamentos. En lo que al caso atañe, se autorizó a laboratorios, entes prestadores de servicios de salud públicos y privados, obras sociales, farmacias y droguerías a importar aquellas especialidades medicinales o farmacéuticas inscriptas en el registro de la autoridad sanitaria nacional, debiendo el importador contar con un director técnico universitario, farmacéutico, químico u otro profesional con título habilitante según la naturaleza del producto que asegurara las condiciones higiénico sanitarias, de calidad y acondicionamiento, eliminando los productos que no reunieran las cualidades exigibles por la autoridad sanitaria (conf. su artículo 14).-

La Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social fue designada como la autoridad de aplicación, salvo en materia de registro, importación, exportación y comercialización, en las que sería ejercida en forma conjunta con la Secretaría de Industria y Comercio del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos (conf. su artículo 20).-

Por resolución conjunta del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y Ministerio de Salud y Acción Social Nº 342/1992 y 147/1992 respectivamente, se estableció que la elaboración e importación de productos de higiene y tocador, cosméticos y perfumes, equipos y dispositivos de uso médico y odontológicos, reactivos de diagnóstico y productos de uso doméstico con incidencia en la salud de las personas, podrían ser realizados por empresas registradas ante el Ministerio de Salud y Acción Social (conf. su artículo 7º), correspondiéndole a la autoridad sanitaria nacional proceder al registro de las empresas, a habilitar sus instalaciones y al registro de los productos en forma automática (conf. su artículo 8º).-

Al poco tiempo, por decreto Nº 1.490/1992: -se declaró de interés nacional las acciones dirigidas a la prevención, resguardo y atención de la salud de la población que se desarrollaran a través del control y fiscalización de la calidad y sanidad de los productos, substancias, elementos y materiales que se consumieran o utilizaran en la medicina, alimentación y cosmética humanas, y del contralor de las actividades, procesos y tecnologías que mediaran o estuvieran comprendidos en dichas materias (conf. su artículo 1º); y 16 -se creó en el ámbito de la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Teconología Médica (A.N.M.A.T.), que actuaría como organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional, dependiendo técnica y científicamente de las normas y directivas que le impartiera la Secretaría de Salud, con un régimen de autarquía económica y financiera, con jurisdicción en todo el territorio de la Nación (conf. su artículo 2º).-

Por su artículo tercero, se facultó al organismo creado para: a) controlar y fiscalizar sobre la sanidad y calidad de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico, materiales y tecnología biomédicos y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana; b) controlar y fiscalizar sobre la sanidad y calidad de los alimentos acondicionados, incluyendo los insumos específicos, aditivos, colorantes, edulcorantes e ingredientes utilizados en la alimentación humana, como también de los productos de uso doméstico y de los materiales en contacto con los alimentos; c) controlar y fiscalizar sobre la sanidad y calidad de los productos de higiene, tocador y cosmética humana y de las drogas y materias primas que los compusieran; d) vigilar sobre la eficacia y la detección de los efectos adversos que resultaran del consumo y utilización de los productos, elementos y materiales comprendidos en los incisos a), b) y c) del presente artículo, como también la referida a la presencia en los mismos de todo tipo de substancia o residuos, orgánicos e inorgánicos, que pudieran afectar la salud de la población; e) ejercer el contralor de las actividades, procesos y tecnologías que se realizaran en función del aprovisionamiento, producción, elaboración, fraccionamiento, importación y/o exportación, depósito y comercialización de los productos, substancias, elementos y materiales consumidos o utilizados en la medicina, alimentación y cosmética humanas; f) llevar a cabo todo tipo de acciones de prevención y protección de la salud de la población, que se encuadraran en las materias sometidas a su competencia; g) ejercer toda otra acción que contribuyera al logro de los objetivos establecidos en el artículo 1º del presente decreto.-

Por disposición A.N.M.A.T. Nº 607/1993, en uso de las facultades conferidas por el artículo 8º de la resolución conjunta antes referida, se creó en el ámbito de la A.N.M.A.T. el Registro de Productores y Productos de aquellos equipos, dispositivos y materiales de uso médico y odontológico no contemplados en la disposición de la ex Subsecretaría de Regulación y Control Nº 4.801/1987, y se estableció en forma provisoria los mecanismos de registro y los procedimientos referentes a la importación para aquellos equipos, dispositivos y materiales de uso médico y odontológico cuya autorización previa resultaba imprescindible dado los posibles riesgos que podría ocasionar su uso no controlado, hasta tanto se aprobasen las normas definitivas.-

Luego, por resolución M.E.yO.yS.P. Nº 102/1995: -se interpretó que lo dispuesto por el artículo 1º del decreto Nº 2.284/1991 (ratificado por ley 24.307) había dejado sin efecto la aplicación del artículo 68 de la ley 17.132 en lo referente al expendio de los productos que tuvieran por finalidad interponerse en el campo visual sin fines terapéuticos (conf. su artículo 1º, primer párrafo).-

-se dispuso que el expendio de anteojos y otros elementos de óptica (tales como anteojos para sol, anteojos pregraduados para la presbicia, lupas, protectores visuales, cámaras fotográficas y todo otro elemento que se interponga en el campo visual, excepto aquellos recetados con fines terapéuticos), podría realizarse en establecimientos comerciales que no fueran ópticas (conf. su artículo 1º, segundo párrafo).-

Adviértase que la titular del Juzgado Nº 10 del Fuero en autos Nº 39.900/1995 caratulados: “Sociedad Argentina de Contactología c/Ministerio de Economía y Obras y Serv. Públicos s/amparo ley 16.986” declaró la nulidad de dicha autorización por haberse excedido en sus atribuciones quien lo dictó, cercenando derechos consagrados por la normativa vigente. Dicha decisión fue confirmada por la Sala I del Fuero el 21/11/1995.-

-los anteojos destinados a la corrección de la presbicia cuando ésta fuera diferente para ambos ojos, o a la que se le sumara astigmatismo, debían ser considerados terapéuticos (conf. su artículo 1º, tercer párrafo).-

Al poco tiempo, la Dirección de Tecnología Médica de la A.N.M.A.T. dictó el “Instructivo” por medio del cual, en cuanto aquí importa, se estableció que quien quisiera importar lentes pregraduadas debería inscribirse como tal y apuntar todos sus productos en el registro creado por la disposición A.N.M.A.T. Nº 607/1993. Hasta tanto no se hubiera efectuado ese trámite, no se autorizaría al importador a despachar a plaza los productos involucrados. Asimismo, se consignaron los requisitos relativos a la inscripción de los productos y a la gestión de autorizaciones de importación, disponiéndose que si de los resultados de los ensayos surgiera que el producto estuviera fuera de especificación, se denegaría su registro y a la vez se instruiría para que se procediera a la destrucción o reexportación de la mercadería. La Cámara Argentina de Ópticas (C.A.De.O.) inició acción de amparo a fin de que se declarara la ilegitimidad del “instructivo”; planteo que fue acogido por el Juzgado Nº 2 del Fuero, criterio confirmado por la Sala I y el Alto Tribunal (causa Nº 25.802/2001 caratulada: “Cámara Argentina de Ópticas -C.A.De.O.- c/A.N.M.A.T. - Tecnología Médica s/amparo ley 16.986”).-

Para así decidir, el magistrado de grado entendió -en síntesis- que la norma resultaba incompatible con el bloque de legalidad y excedía claramente el ámbito de atribuciones del órgano emisor. En efecto, prosiguió, del artículo 1º del decreto Nº 2.284/1991 -ratificado por ley 24.307- no surgía que en aras de la desregulación del comercio interior de bienes y servicios se autorizara a la autoridad de aplicación a derogar el artículo 68 de la ley 17.132, ni todo el sistema implementado en la materia, lo que enmarcaría la cuestión como de puro resorte del poder legislador y ajeno -por tanto- al campo de la Administración. Asimismo, destacó que la libertad de comercio se hallaba subordinada al poder de policía de la salud y, entre los medios legítimos de su ejercicio, se encontraba la fiscalización estricta de los productos medicinales para evitar que su uso derivara en eventuales perjuicios a la salud, sin que se hubiera controvertido en autos que la venta de los medios ópticos destinados a ser interpuestos entre el campo visual y el ojo humano fuera una actividad de colaboración con la medicina (artículos 42 y 66 de la ley 17.132) ni que a esta última incumbiera la corrección de los vicios de la vista y la preservación de la salud (incisos a y c del artículo 2º de la ley 17.132), ya que -justamente- la acción preventiva era uno de los fines indiscutiblemente reconocidos de la política sanitaria.-

A lo dicho, el Tribunal de Alzada agregó -en consonancia con lo antedicho- que:  
 -en nuestro país, el despacho o comercialización al público de todo tipo de anteojos se encontraba normativamente previsto como una actividad de colaboración con la medicina, siendo el legislador el que, ejerciendo el mal llamado “poder de policía” en la materia, sujetó tales actividades a una rigurosa regulación, autorizando su expendio a ópticos técnicos, siempre bajo prescripción médica, y solamente en ópticas habilitadas, a las cuales incluso prohibió su mera tenencia sin respaldo de la receta de un facultativo; por manera que ha sido el propio legislador -a través de la ley 17.132 y su reglamentación- el que consideró que las lentes pregraduadas para la presbicia, como elemento que tiene por fin interponerse en el campo visual para corregir sus vicios, eran potencialmente peligrosas para la salud.-  
 -aunque la ley 17.132 no se refiere en forma expresa a la importación de los elementos vinculados con el ejercicio de las profesiones que regula (y, por consiguiente, de los anteojos en general, y de los pregraduados para presbicia en particular), la indiscriminada entrada al país de esos productos debía ser considerada como implícitamente prohibida por necesaria implicancia de lo dispuesto en la reglamentación de su artículo 70 -aprobada por el decreto Nº 6.216/1967-, ya que al vedar ésta a los establecimientos de óptica la tenencia de anteojos correctores de cualquier tipo sin la respectiva receta médica, tornaba absurdo una permisiva importación de anteojos pregraduados para presbicia cuando a las únicas personas habilitadas para despacharlos al público, que eran los ópticos -los que sólo podían expenderlos por prescripción médica-, les estaba prohibido, sin receta médica, tener siquiera un stock de tales lentes.-  
 -los anteojos en general –y los pregraduados para presbicia en particular-, constituían productos de uso y aplicación en medicina humana, por lo que más allá de lo específicamente regulado a su respecto a través de la ley 17.132 y su reglamentación en lo atinente a su importación, se encontraba alcanzada por la ley 16.463, según la cual, las actividades previstas en sus artículos 1º y 2º (entre las que figuraba la examinada) solo podría ejercerse previa autorización y bajo el posterior contralor del Ministerio de Salud Pública, en establecimientos habilitados al efecto, con sujeción a la dirección técnica de un profesional inscripto en el registro pertinente, y en las condiciones y bajo las normas que estableciera la reglamentación, atendiendo a las características de cada actividad.-

En definitiva, la Sala I del Fuero confirmó la declaración de nulidad del “instructivo” dictado por la A.N.M.A.T. por habilitar la importación de lentes pregraduadas en forma indiscriminada, en violación del artículo 2º de la ley 16.463  
 -según el cual se requiere la previa autorización del Ministerio de Salud-, que puede ser válidamente acordada teniendo en cuenta las restricciones que en relación a su comercialización y tenencia prevé la ley 17.132. En cumplimiento del fallo judicial reseñado, por disposición A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 se suspendió el registro y la importación de todas las lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia desde su publicación en el Boletín Oficial (lo que aconteció el 26/4/2005; Nº 30.640); haciéndole saber lo decidido a la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud y Ambiente (ver sus artículos 1º y 2º). Habida cuenta la veda en la importación de lentes, siendo necesaria esa operación a efectos de que Loveli S.A. pudiera llevar a cabo su actividad comercial y en tanto poseía dos cargamentos retenidos en depósito fiscal, la firma actora promovió acción de amparo contra el Estado Nacional - Ministerio de Salud a fin de que se establecieran los mecanismos de fiscalización y control de calidad y así poder importar productos ópticos no terapéuticos como los indicados en la resolución M.E.y.O.yS.P. Nº 102/1995 (causa Nº 13.583/2007 caratulada: “Loveli S.A. c/E.N. - Mº Salud - Resol. 102/95 s/amparo ley 16.986”).-

Desinsaculado una vez más el Juzgado Nº 2 del Fuero, fue admitida la acción intentada y, en consecuencia, se ordenó a la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud de la Nación que arbitrara los medios necesarios para que dentro del término de 60 días estableciera los mecanismos de fiscalización y control de calidad que posibilitara la importación de los productos involucrados en autos.-

El señor juez alcanzó tal conclusión tras entender que desde el dictado de la disposición A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 se encontraba suspendido el registro y la importación de todas las lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia; por manera que ante la prolongada inexistencia de mecanismos de fiscalización y control de calidad que permitiera la importación de los productos en trato, no cabía duda que en la especie se configuraba una ostensible omisión por parte de la Administración que debía ser corregida.-

Refirió que tal circunstancia le imposibilitaba a la accionante importar o liberar en el mercado interno los productos involucrados desde el 20/4/2005, lesionando su derecho a trabajar y a ejercer una industria lícita, consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Asimismo, el señor magistrado destacó que:  
 -el Estado no sólo debía abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que -además- tenía el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellas no se tornara ilusoria, lo que en el caso no era otra cosa que la determinación y reglamentación de los mecanismos de fiscalización y control de calidad en cuestión;  
 -la A.N.M.A.T. era quien debía actuar en materia de expendio e importación de lentes pregraduados como producto de uso y aplicación en medicina humana, tanto en lo que hacía al contralor de esas actividades, como en lo que refería a la elaboración y proposición de normas a la Secretaría de Salud respecto de aquéllas; -la actividad involucrada (importación de lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia), se encontraba alcanzada por los artículos 1º y 2º de la ley 16.463 y los artículos 1º inciso c), 3º, 4º, 5º, 6º y 40 del decreto reglamentario Nº 9.763/1964), y que -en lo principal- tales normas ponían en cabeza del Ministerio de Salud el ejercicio del poder de policía sanitaria de la actividad en cuestión, la facultad de otorgar las autorizaciones para realizarla a las personas interesadas y la atribución de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias necesarias para el cumplimiento de las finalidades allí indicadas; -si bien la A.N.M.A.T. era quien debía elaborar, proponer y aplicar las normas referentes a la importación de los productos en cuestión y fiscalizar su cumplimiento, a la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud correspondía la realización de todas aquellas actividades necesarias para la concreción de los objetivos impuestos por las normas respectivas y posibilitar el pleno ejercicio de los derechos individuales reconocidos; y  
 -habiendo la A.N.M.A.T. puesto en conocimiento de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias del Ministerio de Salud la suspensión ordenada mediante disposición Nº 2.331/2005, éste no podía eludir su deber de control sobre las consecuencias de su dictado, que en la práctica derivaron en la suspensión sine die de la importación y/o liberación en el mercado interno de los productos en trato; máxime si se tenía en cuenta que su importación y venta no se encontraba prohibida por órgano alguno del Estado, sino sujeta a la observancia de ciertas restricciones propias del bien jurídico tutelado (el derecho a la salud). Por último, aclaró que lo decidido en manera alguna importaba desconocer lo resuelto en la ya referida causa Nº 25.802/2001 “C.A.De.O. c/A.N.M.A.T.” pues la nulidad del “instructivo” se basó estrictamente en la falta de adecuación al bloque normativo aplicable en la materia. En consecuencia, por resolución Nº 857/2008 la Ministra de Salud estableció los mecanismos de fiscalización y control para el registro sanitario de los anteojos pregraduados para presbicia, materia en la cual debían adoptarse los previstos en el Reglamento Técnico del Mercosur G.M.C. resolución Nº 40/2000 (ver su artículo 1º).-

Asimismo, dispuso que las actividades de fabricación y/o importación de los productos mencionados sólo podrían ser realizadas por empresas debidamente inscriptas ante la A.N.M.A.T., que funcionarían bajo la dirección técnica de un profesional matriculado por el Ministerio, con título cuyas incumbencias lo habiliten para llevar a cabo tales actividades (ver su artículo 2º); designando al referido organismo como la autoridad de aplicación de la presente resolución y facultándolo para reglamentarla y controlar su cumplimiento (ver su artículo 3º).-

Finalmente, por disposición Nº 6.260/2008 el interventor de la A.N.M.A.T. habilitó y autorizó el funcionamiento de Loveli S.A. como empresa importadora de productos médicos, ordenando su inscripción en el registro correspondiente.-

IX.- En este contexto fáctico-jurídico, la firma Loveli S.A. inició el presente proceso tendiente a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados de la omisión (en un primer momento) y demora excesiva (a fin de cuentas) de parte del Estado Nacional - Secretaría de Salud del Ministerio de Salud en establecer los mecanismos de fiscalización y control de calidad que permitiera la importación de anteojos pregraduados para combatir la presbicia.-

X.- Aclarado ello, corresponde señalar que más allá las consideraciones que pudieran predicarse en torno a la incidencia formulada entre dos reparticiones estatales, la admisión de la excepción de “falta de legitimación pasiva” articulada por el tercero A.N.M.A.T. no ha sido materia de agravio por parte del Estado Nacional - Ministerio de Salud -que fue quien solicitó su citación- y, por tanto, ha devenido irrevisable.-

XI.- Así las cosas, cuestiones de orden lógico imponen analizar los agravios vertidos por la demandada en punto a la falta de configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado pues, hacer lugar a tal planteo, tornaría inoficioso el tratamiento de las restantes quejas esbozadas por ambas partes.-

Como ya se dijo, la señora jueza de grado consideró que el Estado Nacional - Ministerio de Salud debía responder por los daños ocasionados como consecuencia de haber suspendido por resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 durante más de tres años el registro y la importación de lentes pregraduados, lo que a su entender importó una dilación omisiva en el ejercicio del poder de policía sanitario; postergación indebida que incidió negativamente en la actividad comercial desplegada por la firma actora, vinculada a los productos en cuestión.-

Al respecto, el Estado Nacional - Ministerio de Salud no formuló agravio concreto, pues -con la intención de que se revocara el pronunciamiento dictado- únicamente indicó que la magistrado había incurrido en una grave contradicción argumentativa al referirse -en un primer término- a un supuesto de responsabilidad por actividad lícita y -a continuación- a la verificación de un accionar ilícito de la Administración, lo que a su entender lo dejaba indefenso pues las consecuencias de la debida catalogación, tenía aparejadas consecuencias sustancialmente distintas.-

Más allá de tal apreciación, lo cierto es que no esbozó siquiera la mínima consideración para desvirtuar la conclusión alcanzada por la decisora en lo que hace al achaque de responsabilidad por la suspensión por más de tres años del registro e importación de lentes pregraduadas para la presbicia. Al ser ello así, toma preponderancia lo establecido en el artículo 265 del C.P.C.C.N., según el cual -en lo que estrictamente aquí interesa-, contempla ciertos recaudos a cumplir por medio de la expresión de agravios. En este sentido, prevé que debe consistir en una crítica concreta, razonada y autosuficiente del pronunciamiento apelado, que no se sustituye con una mera discrepancia del criterio del juzgador, siendo necesario que incluya un acabado estudio de sus razonamientos, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas. Debe contener el análisis serio, razonado y crítico de la resolución recurrida y que sea idóneo para demostrar la errónea aplicación del derecho o la injusta valoración de las pruebas producidas (conf. esta Sala en autos: “Musso, Carlos Alberto c/E.N. - Mº Defensa s/personal militar y civil de las FF.AA. y Seg.”, del 11/7/2013 y sus citas).-

Al respecto, se ha dicho que la expresión de agravios es un acto de petición destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal y su forma le impone claridad expositiva, para facilitar su estudio (conf. esta Sala, in re: “Fernández Cárdenas, María Inés c/Tribunal Fiscal de la Nación s/daños y perjuicios”, considerando X, del 5/12/2013).-

Es que “criticar” es muy distinto a “disentir”. La crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores jurídicos y fácticos que éste pudiere contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (conf. en igual sentido, C. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala A, in re: “Z., M. R. c/D. P., J. L. y otros”, del 16/12/2005, publicado en La Ley, el 1/6/2006).-

Por aplicación de tales estándares, entiendo que este aspecto de la presentación bajo estudio carece de la fundamentación exigida por el código de rito. Así pienso, en la medida que el recurrente omitió atacar certeramente la conclusión alcanzada por la sentenciante, esto es: la existencia de un supuesto de responsabilidad estatal por haber suspendido por más de tres años el registro y la importación de lentes pregraduadas para combatir la presbicia, limitándose a calificar de ambigua y contradictoria la fundamentación dada por la magistrado, sin dedicar siquiera una línea a demostrar lo errada que era, explicando y justificando los motivos que la llevaban a entender que -en el caso- el Estado Nacional no debía responder por las consecuencias acontecido.-

A la luz de las premisas y las consideraciones hasta aquí apuntadas, entiendo que la falta del debido y apropiado cuestionamiento de este punto del decisorio conlleva a la desestimación de los agravios formulados al respecto por el Estado Nacional - Ministerio de Salud.-

XII.- Sin perjuicio de ello, en lo que respecta a la contradicción de la magistrado al explicar qué tipo de responsabilidad estatal se habría verificado en autos, cabe señalar que si bien en un primer momento se hizo mención en forma genérica al ejercicio del poder de policía en materia de salud como un caso de actividad lícita, no debe perderse de vista que a lo largo del pronunciamiento se refirió continuamente a una dilación omisiva en disponer los medios necesarios tendientes a la fiscalización y comercialización de lentes pregraduados de parte de la Administración que importó una indebida postergación en el ejercicio de la operatoria comercial de la actora -dedicada a la importación y posterior comercialización de este tipo de productos-; configurándose -en definitiva- un supuesto de responsabilidad extracontractual por accionar ilícito del Estado por haber postergado por más de tres años el desarrollo de un negocio permitido.-

XIII.- Firme el reconocimiento de responsabilidad estatal, corresponde adentrarse en el examen de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados como consecuencia de la suspensión del registro e importación de lentes pregraduados por resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005. Adviértase que ambas partes cuestionaron el tratamiento dado por la señora jueza a cada uno de los rubros reclamados, salvo en lo que respecta al canon abonado por el depósito fiscal, aspecto que -en consecuencia- también ha devenido firme e irrevisable.-

La accionante básicamente cuestionó -por insuficientes- los montos reconocidos y, asimismo, solicitó la inclusión en la condena de las sumas abonadas en cuatro procesos laborales (iniciados por los señores Cabrera, Burbinsky, Malnatti y Conti) y de la “pérdida de imagen” (rubro no admitido). En cambio, la demandada consideró que directamente correspondía rechazar su reparación por no haberse demostrado que aquellos conceptos respondieran a una conducta por ella asumida.-

Establecido ello, resulta necesario recordar que según lo dispuesto en el artículo 377 del C.P.C.C.N., incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer; de modo que cada una de las partes deberán probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocaren como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos (artículo 377 del C.P.C.C.N.), y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada. (conf. C.S.J.N., en Fallos: 331:881, considerando 4º, entre otros).-

XIV.- Ahora bien, en lo que respecta a la mercadería varada en el depósito fiscal, corresponde señalar que dos son las circunstancias que Loveli S.A. pretende que sean resarcidas: el deterioro de la mercadería y la imposibilidad de ubicar en el mercado estimativamente la mitad de los productos como consecuencia de su deterioro y por haber “pasado de moda” (sic).-

La demandada planteó la incoherencia en el decisorio apelado de reconocerle a la firma actora la suma de $100.000 como indemnización por lo que pudo haberse deteriorado la mercadería, pese a haber sido restituida y a tener presente que quien procura obtener la reparación de un daño tiene el deber de probarlo fehacientemente, exigiéndose al efecto la demostración de su real y efectiva existencia.-

Entiendo que asiste razón a la requerida. En lo que hace al deterioro, resáltese que a lo largo del presente proceso Loveli S.A. no lo ha probado mínimamente pese a tener la posibilidad de hacerlo por todos los medios existentes, limitándose simplemente a plantear su existencia. A estos fines, bien pudo acompañar fotografías de la mercadería, un acta de constatación suscripta por un escribano respecto de su estado de conservación al tiempo en que fue retirada del depósito fiscal o bien solicitar la producción de un estudio pericial respecto de su deterioro.-

Y, en lo atinente a la imposibilidad de ubicar en el mercado la mitad de los productos por anticuados y por el alegado deterioro, hay que decir que si bien resulta verosímil pensar que ello pudo acontecer, lo cierto y determinante es que para que procediera su reparación, la actora -cuanto menos- debió acreditar que aún tenía en stock esos bienes, lo que permitiría, en principio, considerar que efectivamente no pudo venderlos. Omitir demostrar tal circunstancia, sella la suerte de esta pretensión.-

Por lo dicho, corresponde revocar este aspecto del pronunciamiento de primera instancia y, en consecuencia, rechazar la reparación del “daño emergente”.-

XV.- A fin de pronunciarse en relación al pretendido resarcimiento de las sumas que Loveli S.A. tuvo que pagar en los reclamos laborales que -en su tesis- tuvo que afrontar como consecuencia de la disminución de ventas y pérdida de clientes por la suspensión en el registro y la importación de anteojos pregraduados para combatir la presbicia (circunstancia que motivó la retención de los cargamentos en depósitos fiscales), corresponde en forma previa, indicar que según se desprende del escrito de inicio, la actora solicitó que se le abonara lo que oportunamente desembolsara en concepto de acuerdos conciliatorios en los litigios iniciados por los señores Teodoro Grinberg, Ana María Tossi, Claudio Abel Huberman, Daniel Ricardo Vandenberghe, Juan Venancio López (en dos procesos, uno sustanciado contra Loveli S.A. y otro contra Jacobo Enrique Churba y Adriana Reisfeld, accionistas de la actora), Juan Carlos Cabrera, Flavio Hernán Burbinsky, Claudelino Antonio López Aranda, Matías Sebastián Albite, Adrián Mario Carlos Malnatti y José María Conti.-

La señora jueza, sin más, decidió que debían resarcirse las sumas de $5.565 y $3.000 por los procesos iniciados por los señores Teodoro Grinberg y Ricardo Vandenberghe; lo que efectivamente hubiera abonado sobre los montos totales de $36.000 y $24.000 en los casos de los señores Claudelino Antonio López Aranda y Matías Sebastián Albite; y rechazarse el reclamo en relación a Juan Carlos Cabrera y Flavio Hernán Burbinsky -por no acompañar las correspondientes actuaciones por ante el Se.C.L.O.- y respecto de los señores Adrián Malnatti y José María Conti –por falta de conciliación o sentencia judicial condenatoria-. En cambio, nada dijo respecto de los señores Huberman, Juan Venancio López y Tossi. Respecto de estos últimos tres empleados, señálese que en tanto Loveli S.A. no requirió que se subsanara la falta de pronunciamiento de la sentenciante en relación a los procesos laborales iniciados por los señores Huberman, Venancio López y Tossi, por aplicación del artículo 278 del código de rito (según el cual los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia pueden ser resueltos por la Alzada siempre que se solicitase el respectivo pronunciamiento al expresar agravios), no corresponde que me expida al respecto.-

Acordado ello, a fin de dar debida respuesta al rubro en cuestión respecto de los restantes litigios, corresponde destacar que según se desprende de la documentación y probanzas acompañadas en autos: -el señor Teodoro Grinberg denunció haber comenzado a trabajar para Loveli S.A. el 25/10/2006 (es decir, con posterioridad a la fecha en que comenzó a regir la suspensión en el registro e importación de lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia), realizando tareas de maestranza y, como motivo de distracto laboral, el empleado se refirió renuncia en los términos del artículo 240 de la Ley de Contrato de Trabajo -L.C.T.-. Como acuerdo de desvinculación -que fue homologado por la autoridad competente-, la empleadora se comprometió a abonarle la suma de $5.565 (ver expediente Se.C.L.O. Nº 42.119/2007; esp. fs. 4, 5 y vuelta y 12); -el señor Daniel Ricardo Vandenberghe informó comenzar a trabajar para Loveli S.A. a partir del 11/7/2007 (es decir, con posterioridad a la fecha en que comenzó a regir la suspensión en el registro e importación de lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia) por el breve lapso de tres meses como viajante; indicando “despido indirecto” (artículo 246 de la L.C.T.) como causal en la solicitud de trámite conciliatorio. Como acuerdo de desvinculación -que fue homologado por la autoridad competente-, la empleadora acordó abonarle la suma de $3.000 (ver expediente Se.C.L.O. Nº 99.293/2007, esp. fs. 4, 5 y vuelta y 11); -el señor Claudelino Antonio Lopez Aranda entabló demanda contra Loveli S.A., Jacobo Churba y Adriana Reisfeld de Churba por cobro de indemnización por despido por ante la Justicia Nacional del Trabajo, indicando que luego de una discusión con el señor Churba (presidente de la requerida) por desconocimiento de su real fecha de ingreso laboral, la firma prescindió de sus servicios tras ser sorprendido por personal de seguridad con una gorra propiedad de la empresa. Vale destacar que esta circunstancia fue invocada por los señores Churma y Reisfeld de Churba al contestar demanda. El litigio fue cerrado por medio de un acuerdo concilitario –homologado judicialmente- por la suma total de $36.000, honorarios incluidos (ver causa Nº 17.319/2006 caratulada “López Aranda, Claudelino Antonio c/Loveli S.A. y otros s/despido”, esp. fs. 5/11, 47/54 y 296/300).-  
 -el señor Matías Sebastián Albite entabló demanda contra Loveli S.A., Imagen Optical S.R.L., Planet Optical S.R.L., Jacobo Churba y Adriana Reisfeld de Churba por cobro de indemnización por despido por ante la Justicia Nacional del Trabajo, indicando que se vio obligado a rescindir el vínculo laboral por el desconocimiento de su real jornada laboral y fecha de ingreso y, la firma prescindió de sus servicios tras ser sorprendido por personal de seguridad de con una gorra propiedad de la empresa. Vale destacar que esta circunstancia fue invocada por los señores Churba y Reisfeld de Churba al contestar demanda. El litigio fue cerrado por medio de un acuerdo concilitario -homologado judicialmente- por la suma total de $36.000, honorarios incluidos. Al contestar demanda, Planet Optical S.R.L. indicó el empleado consideró que la sanción que le había sido aplicada por insultar y “tirarle una caja” a la hija de los señores Churba y Reisfeld de Churba, lo colocaba en situación de despido indirecto; mientras que Loveli S.A. señaló que correspondía desestimar sin más la demanda en su contra por el hecho que al momento en que se produjo el distracto, el actor se desempeñaba únicamente para Planet Optical S.R.L.. El litigio fue cerrado por medio de un acuerdo concilitario –homologado judicialmente- por la suma total de $24.000, honorarios incluidos (ver causa Nº 8.270/2006 caratulada “Albite, Matías Sebastián c/Churba, Jacobo y otros s/despido”, esp. fs. 6/12, 41/49, 167/182 y 526/528).-  
 -el señor Adrián Mario Carlos Malnatti alcanzó un acuerdo conciliatorio con Loveli S.A. por $609.000, que fue homologado el 4/9/2012; encontrándose ese proceso, al momento de ser efectuado el informe, en etapa de ejecución (ver informe del Juzgado Nacional del Trabajo Nº 23; fs. 573).-  
 -el señor José María Conti alcanzó un acuerdo conciliatorio -homologado el 11/9/2012- por la suma de $92.958,80 (ver informe del Juzgado Nacional del Trabajo Nº 51; fs. 697).-  
 -en relación a los señores Juan Carlos Cabrera y Flavio Hernán Burbinsky no fue acompañado expediente alguno judicial, por manera que la única referencia existente, tal como indicó la sentenciante, es la contenida en el escrito de inicio, según la cual habrían alcanzado acuerdos conciliatorios -homologados- por ante el Se.C.L.O. por medio de los cuales Loveli S.A.se habría comprometido a abonar las sumas de $19.125 y $92.450 respectivamente, incluidos los honorarios de los profesionales intervinientes (ver fs. 9 de la causa principal).-

Apuntado ello, hay que decir -en coincidencia con la postura asumida por el Estado Nacional - Ministerio de Salud- que Loveli S.A. no demostró que los litigios laborales en cuestión haya tenido que afrontarlos como consecuencia de la suspensión en el registro y la importación de lentes pregraduadas y la retención de dos cargamentos con unidades para comerciar en depósitos fiscales por 33 y 36 meses respectivamente. En efecto, y tal como se dijo en el caso de la pretendida reparación del “daño emergente” relativo al valor de la mercadería dañada y “pasada de moda”, la firma actora no cumplió con la carga de acreditar la relación de causalidad entre la atacada veda comercial, la baja en las ventas y los procesos judiciales y extrajudiciales que afrontó, pese a tener la posibilidad hacerlo por todo medio probatorio.-

Con ese propósito, y a diferencia de lo pretendido por la actora, la pericial contable llevada a cabo en autos no resulta idónea para demostrar la relación de causa y efecto entre el actuar estatal y los juicios afrontados. Si bien de esa prueba surgen las disminuciones en las ventas y de clientes, no logra probar que la finalización de los vínculos laborales se debió, en definitiva, a la prolongada suspensión en el registro e importación de lentes pregraduadas para la corrección de la presbicia. Resáltese que no necesariamente los despidos respondieron a la situación aquí analizada (el irregular actuar de la Administración). En este sentido destáquese que en ninguno de los litigios laborales se hizo referencia a que el distracto se hubiera verificado por fuerza mayor o bien por falta o disminución de trabajo por una circunstancia no imputable al empleador (supuesto previsto en el artículo 247 de la L.C.T.).-

En definitiva, de las probanzas acompañadas y reseñadas se desprenden los montos de los acuerdos y la modalidad de pago dispuesta, más no la acreditación de la exigida vinculación de causa-efecto entre la omisión imputada a la Administración y el daño alegado.-

Sin perjuicio de que lo dicho basta para desestimar este rubro de la pretensión resarcitoria, las circunstancias que a continuación se detallarán -que no pueden ser soslayadas- resultan incompatibles con la tesis esbozada al efecto por la actora:

a) los señores Grinberg y Vandenberghe fueron contratados con fecha 11/7/2007 y 25/10/2006 respectivamente, es decir, con posterioridad a que comenzara a regir la suspensión.-

b) el señor Grinberg se desempeñaba como personal de maestranza, lo que denota la falta de vinculación con la disminución de ventas producto y la suspensión verificada por resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005.-

c) el señor López Aranda habría sido despedido tras ser sorprendido por personal de seguridad con una gorra propiedad de la empresa.-

La procedencia de la pretendida reparación de lo desembolsado en concepto de reclamos de quienes se desempeñaran para Loveli S.A., resultaba necesario que demostrara -por un lado- la existencia de las erogaciones y -por otro- la relación de causalidad entre lo acontecido y los distractos laborales. Así las cosas, en tanto de las pruebas ofrecidas y producidas no surge que la actora haya soportado los procesos laborales como consecuencia de la falta de reglamentación del Estado Nacional - Ministerio de Salud de los mecanismos para registrar e importar lentes pregraduados para combatir la presbicia, entiendo que en lo que hace a este rubro, también corresponde hacer lugar al recurso intentado por la demandada, revocar lo decidido al respecto en primera instancia y, en consecuencia, desestimar la pretensión resarcitoria esbozada al efecto.-

XVI.- En punto al pretendido resarcimiento de la involución comercial, la pérdida de clientela y la merma en su imagen empresarial -rubros que han de ser tratados en forma conjunta dada su estrecha vinculación-, hay que decir que si bien de la pericial contable realizada se desprende con meridiana claridad que en los períodos en los que rigió la prohibición (2005/2008) se verificó una baja en las ventas de anteojos pregraduados para combatir la presbicia y en el número de clientes de la reclamante -lo que, en definitiva, denota un claro perjuicio para Loveli S.A.-, debe advertirse que no media prueba suficiente que justifique que tal merma no habría ocurrido (u ocurrido con la intensidad expuesta en el peritaje) si no se hubiera dictado la resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005. Muchos otros factores (como bien puede ser la inflación, una crisis económica -con todas sus implicancias-, la disminución de la demanda del producto ofertado, mejora en la competitividad de otras firmas del rubro, cambios en las tendencia de la moda en materia de lentes o bien la puesta en práctica de una inadecuada política comercial –en lo que hace a objetivos, métodos, condiciones y canales de venta-, inconciliable con la dirección seguida por la actividad) pudieron influir negativamente generando la caída de ventas y retracción de clientela impidiéndose con ello que se verificara el rendimiento empresario esperado. Ello, obstaculiza a que se indemnice el “lucro cesante” tal como lo plantea la actora.-

Sin embargo, atendiendo a la efectiva existencia de reales y palmarios perjuicios provocados -en definitiva- por la ilegítima actuación estatal (ver Considerandos XI y XII de este voto), estimo que razones fundadas en el principio del resarcimiento integral (que no es sino el más lato sentido del deber reparatorio), tornan necesario restañar el daño ocasionado (conf. arg. tercer párrafo del artículo 165 del código de rito), bien que desde la perspectiva de la valoración de la pérdida de “chance” de la obtención de ganancias, concepto particularmente aplicable en el caso aquí analizado, en que se trata de verificar la negativa incidencia que proyectó el deficiente obrar de la Administración, en el giro negocial del damnificado. Así las cosas, teniendo en cuenta el volumen de la actividad desarrollada por la actora, la cantidad de clientes que tenía al momento en que fue implementada la suspensión en el registro y la importación de lentes pregraduadas, el número de operaciones que habitualmente realizaba, la prolongación de la vigencia de la prohibición de importar y la amplitud del mercado óptico, a la luz de la sana crítica (principio contemplado en el artículo 386 del código de rito), entiendo que corresponde modificar este aspecto del pronunciamiento apelado y, en consecuencia, elevar el monto que Loveli S.A. ha de percibir por este rubro a la suma total de $1.000.000, monto que incluye la reparación de lo que la actora identificó como “pérdida de imagen.-

XVII.- En cuanto a la tasa de interés fijada en la instancia de grado, hay que decir que la pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A. es la de uso generalizado en este Fuero para el cómputo de sumas de dinero a abonar por el Estado Nacional y que el planteo efectuado al punto por la actora dista de demostrar un caso de lesión patrimonial que justifique la adopción de una solución distinta. Y, en lo que hace de la fecha a partir de cuándo han de correr, corresponde que se devenguen desde el día del evento dañoso (conf. C.S.J.N., en Fallos: 326:1673; 334:1.821 y M.31.XXXVII “Molina, Alejandro Agustín c/Santa Fe, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”, del 20/12/2011 y esta Cámara, Sala I, in re: “De Cortázar, María Lucía c/Lotería Nacional Sociedad del Estado”, del 25/10/2012; Sala IV, in re: “Farías, Gabriela Liliana c/Edesur S.A. s/daños y perjuicios”, del 19/4/2012; y Sala V, in re: “Pérez Gorospe Fair Caetano c/E.N. - Mº de Justicia Seguridad y DD.HH. y otros s/daños y perjuicios”, del 20/3/2012); lo que, llevado al caso, importaría: -que en lo relativo al alquiler del depósito fiscal, se apliquen desde que la actora efectuó cada uno de los pagos a lo largo del lapso que duró la prohibición; y -que en el caso del resarcimiento de la involución en la actividad comercial, pérdida de clientela y merma en la imagen de la firma, se apliquen desde que entró en vigencia la resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 por medio de la cual se suspendió el registro y la importación de lentes pregraduadas para combatir la presbicia; extremo que -en definitiva- dio origen a los perjuicios a reparar.-

En consecuencia, corresponde confirmar la tasa de interés a aplicar sobre las sumas debidas y modificar las fechas a partir de cuándo han de computarse.-

XVIII.- Resta pronunciarse respecto de las costas, tanto de primera instancia (motivo de específico agravio de la actora) como de las relativas a esta Alzada.-

Al efecto, debe tenerse presente que, en su distribución, debe verse reflejado el resultado del proceso, pues no se trata de castigar al perdedor sino de cargar al vencido con las erogaciones que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. C.S.J.N., in re: "Tarnopolsky, Daniel c/Estado Nacional y otros s/proceso de conocimiento", del 31/8/1999, Fallos: 322:1.888). En esa tarea, debe efectuarse una apreciación global de la controversia, más allá de que la pretensión del perjudicado haya progresado parcialmente, sin sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (conf. CNac. en lo Comercial, Sala C, in re: “Telearte Empresa de Radio y Televisión c/Torneos y Competencias s/ordinario”, del 12/12/2003).-

En el caso, se tuvo por verificado un supuesto de responsabilidad estatal, reconociendo el derecho de la actora a la reparación de los rubros “costo del alquiler del depósito fiscal”, “involución en la actividad comercial”, “pérdida de clientela” y “merma en la imagen empresarial”, mientras que fueron rechazados -por falta de prueba- los conceptos deterioro de la mercadería e imposibilidad de ubicarla y las erogaciones efectuadas en el marco de los procesos laborales. Por tanto, atento a la existencia de vencimientos mutuos (conf. artículo 71 del código de rito), estimo ajustada a derecho la decisión de la señora jueza de grado de distribuir las costas generadas en primera instancia en un 80% a cargo de la demandada y el restante 20% a cargo de la actora, con la salvedad de las vinculadas a la “falta de legitimación pasiva” articulada por la A.N.M.A.T., que han de ser soportadas exclusivamente por el Estado Nacional - Ministerio de Salud, que ha sido quien requirió su intervención.-

Igual criterio (80% y 20%) y por igual motivo (existencia de vencimientos parciales y mutuos) corresponde adoptar en lo que hace a las costas generadas por ante esta Alzada.-

XIX.- A fin de evitar eventuales incidencias, se aclara que, en caso de adherir mis distinguidos colegas al presente voto, la demanda entablada por Loveli S.A. contra el Estado Nacional - Ministerio de Salud ha de prosperar por los conceptos “depósito fiscal” (por la suma de $20.684,13; rubro reconocido en primera instancia y consentido por la requerida), involución en la actividad comercial, pérdida de clientela y pérdida de imagen empresarial (por la suma total de $1.000.000 por los tres conceptos) y ser desestimada respecto del deterioro de la mercadería, la imposibilidad de ubicarla en el mercado y de lo abonado en los reclamos laborales. Dichos montos devengarán intereses según la tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A. desde que la actora efectuó cada uno de los pagos por el alquiler del depósito fiscal a lo largo del lapso que duró la prohibición de importar lentes para combatir la presbicia y desde que entró en vigencia la resolución A.N.M.A.T. Nº 2.331/2005 respecto del resarcimiento de la involución en la actividad comercial, pérdida de clientela y merma en la imagen de la firma; y hasta su efectivo pago.-

Las costas de ambas instancias se distribuyen en un 80% a cargo de la demandada y el restante 20% a cargo de la actora, salvo las vinculadas a la “falta de legitimación pasiva” articulada por la A.N.M.A.T., que han de ser soportadas exclusivamente por el Estado Nacional - Ministerio de Salud, que ha sido quien requirió su intervención.-

Por lo expuesto, propongo: hacer parcialmente lugar a los recursos de apelación interpuestos y, en consecuencia, modificar la condena de autos -de conformidad y con los alcances indicados en el considerando XIX-, con costas de ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y el restante 20% a cargo de la actora, salvo las vinculadas a la “falta de legitimación pasiva” articulada por la A.N.M.A.T., que han de ser soportadas exclusivamente por el Estado Nacional - Ministerio de Salud.-

ASÍ VOTO.- El doctor Luis María Márquez adhiere al voto precedente.-

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: hacer parcialmente lugar a los recursos de apelación interpuestos y, en consecuencia, modificar la condena de autos -de conformidad y con los alcances indicados en el considerando XIX-, con costas de ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y el restante 20% a cargo de la actora, salvo las vinculadas a la “falta de legitimación pasiva” articulada por la A.N.M.A.T., que han de ser soportadas exclusivamente por el Estado Nacional - Ministerio de Salud. La doctora María Claudia Caputi no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).-

Regístrese, notifíquese, y oportunamente, devuélvase.-

Fdo.: JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA - LUIS MARÍA MÁRQUEZ