



Universidad Nacional de La Plata
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Secretaría de Posgrado
Especialización en Derecho Administrativo

**“APRECIACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA INDEMNIZACION
EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA LICITA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES EN LA
ULTIMA DECADA”**

Especialización en Derecho Administrativo UNLP - JURSOC.

Director: Carlos Marcelo Lamoglia

Alumno: Victor Emir Lafalce

Índice

- 1 INTRODUCCIÓN.
2. ASPECTOS CENTRALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
 - 2.1 Desarrollo y Evolución
 - 2.2 Principales características en su estadio actual en el Derecho argentino
 - 2.3 De su clasificación. Tipos de Responsabilidad del Estado
3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA LICITA
 - 3.1 Lineamientos de la Responsabilidad del Estado por actividad lícita
 - 3.2 Fundamento Constitucional. Antecedentes. Presupuestos de Procedencia.
 - 3.3 Requisitos para la configuración de la responsabilidad del Estado por actividad Lícita.
 - 3.4 El alcance de la indemnización. Teorías. El lucro cesante.
 - 3.4.1 La postura restrictiva y la fuerza expansiva de la expropiación
 - 3.4.2 La postura de la compensación integral.
 - 3.4.3 La cuestión en el derecho comparado
 - 3.4.3.1 El Sistema Francés.
 - 3.4.3.2 El Sistema Español.
4. EVOLUCION DEL ALCANCE DE LA REPARACION EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LICITA EN EL AMBITO NACIONAL.
 - 4.1 El alcance de la reparación en la jurisprudencia de la CSJN y la Cámara Contencioso Administrativo Federal. El lucro cesante.
 - 4.1.1 Afectación de derechos patrimoniales.
 - 4.1.2 Afectación de derechos extrapatrimoniales.
 - 4.2 Criterio de la nueva Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado a nivel federal.
5. APRECIACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA REPARACION EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA LICITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SCBA.
 - 5.1 Evolución. Precedentes
 - 5.2 Afectación de derechos patrimoniales.
 - 5.3. Afectación de derechos expatrimoniales.
 - 5.4 Las iniciativas legislativas en la Provincia de Buenos Aires en torno a la responsabilidad del Estado por actividad lícita y el alcance de la indemnización.
6. EL LUCRO CESANTE BAJO EL PRISMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES, LA CONVENCION AMERICANA DE DD.HH.
7. CONCLUSIONES.



1. INTRODUCCION

La responsabilidad extracontractual del Estado se erige en uno de los tópicos más importantes del nacimiento y evolución del derecho administrativo.

Tal es así que podemos hacer mención a distintas etapas que han marcado su evolución tanto a nivel nacional como internacional.

Ahora bien, si el tránsito hacia la demandabilidad del Estado en la órbita de la responsabilidad por su actuar ilegítimo ha presentado dificultades, más aún se han presentado en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, es decir la que surge por el actuar Estatal como garante o gestor del bien común, en la cual se sacrifican derechos subjetivos patrimoniales por razones de interés público, y es generadora de daños, pero que no por ello excluye el deber de resarcir.

Es decir, que se trata de un aspecto de la responsabilidad Estatal que no requiere para su configuración una relación de contradicción entre el actuar estatal y el ordenamiento jurídico. En efecto, su fundamento no es la antijuridicidad, se trata de una actuación legítima, pero dañosa cuyo fundamento mediato ese halla en la Constitución Nacional, más precisamente en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad de los arts.14 y 17 de la CN, la igualdad (art.16 CN) la libertad (19 CN) y la razonabilidad (28 CN) conjuntamente consideradas y en la legislación administrativa¹- que tiene como ejemplo la reglamentación de la expropiación como supuesto abarcativo de la responsabilidad Estatal por actividad lícita- federal o provincial, que reglamenta los mismos, teniendo en cuenta el carácter local del derecho administrativo.

La misma se presenta desde su concepción con un alcance limitado, tanto en cuanto a las particularidades del daño en lo relativo a la extensión de los sujetos perjudicados, como así también respecto del alcance de la indemnización, cuya extensión se ha equiparado a la que se otorga ante la potestad expropiatoria, es decir limitada al daño emergente dejando de lado el lucro cesante; salvo por la reciente tendencia jurisprudencial tanto federal como provincial proclive a concederlo bajo estrictas pautas probatorias.

¹Su ejemplo es la reglamentación del instituto de la expropiación que ha sido considerado por el Dr. Marienhoff como supuesto abarcativo de la responsabilidad Estatal por actividad lícita.

En ese sentido, en el presente trabajo se abordan las particularidades que presenta el alcance de la indemnización en la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, en relación con los criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte Suprema de Justicia Nacional y el fuero contencioso Administrativo Federal.

2. ASPECTOS CENTRALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

2.1 Desarrollo y Evolución.

La idea de la responsabilidad del Estado por su propia actividad resulta una concepción moderna, pues durante mucho tiempo prevaleció la noción de que el Estado era irresponsable, lo cual era corolario de la idea de soberanía, el soberano omnipotente gozaba de la infalibilidad y, por lo tanto, sus decisiones no podían causar perjuicio alguno, tal como rezaba la fórmula “*the King can do not wrong*” (el rey no puede hacer ilícito).

Posteriormente, la teoría del fisco permitió dar algunos avances hacia la formalización de la responsabilidad Estatal, pero durante toda la etapa medieval se mantuvo sin muchas variantes y tanto príncipes como reyes amparados por los privilegios y las inmunidades, no respondían por los daños ocasionados en su actuar.

Esa idea del monarca omnipotente fue desdibujándose, ante la franca evidencia de que rey y príncipe no eran representantes de origen divino y que no solo no lo sabían todo, sino que erraban y se equivocaban en sus decisiones.

El resquebrajamiento de la soberanía irresponsable, vigente aun con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789 permitió el nacimiento de una efectiva responsabilidad del Estado ante el reconocimiento de los actos ilegales de los funcionarios y empleados públicos que causaran daño a los administrados, lo que justificaba que estos reclamaran las debidas indemnizaciones.

En esta etapa, si bien el Estado seguía siendo irresponsable sus funcionarios no lo eran, pero a pesar de ello la irresponsabilidad seguía siendo la regla.



En un régimen donde el soberano seguía siendo irresponsable, hacer recaer íntegramente el peso de esta sobre el funcionario representaba en la Francia post revolucionaria una ingenuidad. De todos modos, en principio, el régimen de responsabilidad del sistema francés, se acento sobre la culpa del funcionario, toda vez que como sostuvo León Duguit² el estado en la medida que constituye una persona jurídica no podía ser sujeto activo de hechos culpables. Sin embargo, los agentes del Estado no podían ser perseguidos por sus actos sin previa autorización por el *Conseil d'Etat* requisito impuesto por la Constitución Napoleónica del año VIII; y ante su renuencia frecuente en otorgarla ello generaba que la irresponsabilidad como regla se mantuviese.

Es a partir de 1873 cuando se empieza a delinear la noción de culpa como hecho del hombre, con el *arret Pelletier* en donde aparece con claridad la culpa del agente puede calificarse de dos formas: como falta personal o como falta del servicio, si se trataba del primer supuesto solo comprometía al agente y entonces era de competencia de los tribunales ordinarios; mientras que si encuadraba como falta de servicio era el patrimonio Estatal el que respondía por los perjuicios y la competencia era propia de la jurisdicción administrativa³.

Ahora bien, si la falta era personal ello conducía a tolerar una intromisión de los tribunales ordinarios sobre los actos de la administración, violando el principio de separación entre autoridades administrativas y jurisdiccionales de las leyes revolucionarias. A su vez, imponer una responsabilidad personal excesiva podría debilitar o paralizar el ejercicio de la función pública ello dio lugar a una tendencia favorable a admitir una falta de servicio antes que una falta personal.

La falta de servicio cobro prevalencia, y constituyo un caso de responsabilidad por el hecho propio del Estado, atribuida directamente a este, como acto propio, resultando por ello irrelevante la identidad del autor del hecho, pasando de esta forma a establecerse un régimen de responsabilidad del Estado bajo una noción de culpa objetivada, como la falta de servicio.

² Duguit, Leon. "*Les transformations du droit public*". Pp 222 y sigs. Libraire, Armand Colin. Paris 1913.

³ Darcy, Giles. "*La responsabilite d l' administration*". Dalloz, Paris, 1996, p.22.

En ese sentido, el derecho francés ha tenido una especial relevancia en torno al desarrollo y evolución de este instituto, con el *arret Blanco de 1873*, en virtud del cual las causas denominadas contencioso administrativas quedaran reservadas a la decisión de tribunales de la administración, luego consagrado en el *arret Tothschild* de 1855 edificándose así un sistema de responsabilidad que no se regiría por los principios contenidos en el derecho civil, sino sobre bases del derecho público⁴.

De este modo, podemos afirmar que nace y se consolida la responsabilidad del Estado amplia y directa del Estado, sobre fundamentos propios del derecho administrativo, sin necesidad de demostrar que ha mediado culpa del Estado o de sus agentes para hacer viable la indemnización, (falta de servicio), al cual se le han sumado regímenes especiales de responsabilidad que están supeditados a un riesgo especial o a la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, tal como se configuro gracias al innegable aporte de la doctrina y de la labor jurisprudencial del Consejo de Estado en el derecho administrativo Francés, con una profunda influencia sobre instituto en cuestión.

2.2 Principales elementos y características en su estadio actual en el derecho argentino.

El derecho administrativo argentino siguió en su evolución las mismas etapas recorridas por el derecho comparado en torno al reconocimiento de la responsabilidad Estatal.

En ese sentido, una vez abandonada la irresponsabilidad Estatal bajo la idea de la soberanía del Estado hasta 1933, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió su procedencia ante los actos de gestión, los incumplimientos contractuales, pero excluyendo a los actos de imperio.

Sin perjuicio de la existencia de la Constitución Nacional de 1853, en la cual podemos encontrar los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, lo cierto es que desde los primeros tiempos de nuestra organización institucional, y a pesar de la idea imperante de la irresponsabilidad del Estado,

⁴ GONZÁLEZ MARIN, Juan Carlos. Compilador. Colaboradores: Oriol Mir Puigpelat, José Luis Valdivia, Juan Carlos Ferrada B., Alberto Elgassi, José Roldan Xopa. *“La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Francia”*. Editorial Porrúa. Instituto Tecnológico Autónomo de México 2004.



mediante la ley 224 del 29 de septiembre de 1859, dictada por el Congreso de Paraná, por entonces Capital de la Confederación Argentina, se estableció un régimen de responsabilidad general, cuyo texto rezaba: Artículo 1°: *“La confederación Argentina desde la instalación de su gobierno Constitucional no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”*.

No cabía lugar a dudas, de que se trataba de la recepción formal de un régimen de responsabilidad del Estado, que se dio con posterioridad a la Constitución Nacional de 1853, pero que en dicho momento la Provincia de Buenos Aires no formaba parte de la Confederación⁵.

Ahora bien, la etapa de la irresponsabilidad Estatal bajo la idea de la soberanía del Estado, estuvo estrechamente ligada a la indemandabilidad del Estado producto de la interpretación que el máximo tribunal del país le dio al artículo 97 de la Constitución de 1853 (hoy art. 116 CN) y a la vieja redacción del art.43 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que impedía demandar a las personas jurídicas, por acciones criminales o de daños y perjuicios cometidos por los directores de aquellos entes ideales⁶.

En efecto, el citado artículo del texto constitucional de 1853 al establecer *“corresponde a la Corte de Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión... de los asuntos en los que la nación sea parte”*, con lo cual no se sabía su alcance, es decir, si abarcaba la situación de que la nación fuera parte actora o parte demandada o bien ambas, cuestión que tampoco fue clarificada ni por la ley 27, ni por el art. 2° de la ley 48⁷.

Así las cosas, fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1864, la que al fallar el caso *“Bates Stokes y Cia c/ PEN”*⁸ analizó un caso

⁵ Mertehikian, Eduardo. *“La Responsabilidad Pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema”*. 1ra Edición Buenos Aires, el autor EBOOK - 2006. ISBN 987-05-1256-9.

⁶ Al respecto ver los siguientes fallos: *“Bartolomé Cardoso c/ Provincia de Buenos Aires”* del 26/08/1916 Fallos 124:16; *“Compañía de Gas de Rosario c/ Provincia de Santa Fe”* del 25/11/1916, Fallos 124:315 y *“Brown Francisco c/Gobierno Nacional”* del 2/09/1919, Fallos 130:62.

⁷ GRAU, Armando Emilio. *“Habilitación de la instancia contencioso administrativa”*. Pág. 70 y sigtes. Librería Editora Platense, La Plata, 1971.

⁸ Fallos 1:259 causa XXXVI.

vinculado a una indemnización de daños en unos depósitos de Aduana Provincial, la cual fue pagada. Pero en cuyo caso también se habían demandado diferencias de intereses la cual fue reclamada al Estado Nacional con el traspaso de la Aduana a la órbita nacional, y resolvió el mismo sin hacer referencia alguna a la demandabilidad del Estado, toda vez que confirmo la sentencia del juez de sección y rechazo la demanda contra el gobierno nacional, sin mayores argumentos al respecto.

Ese mismo año en los autos "*Vicente Seste y Antonio Seguich c/ Gobierno Nacional*"⁹ el mismo tribunal sostuvo que el Estado en virtud de su soberanía no podía ser demandado judicialmente sin su consentimiento, entendiendo que el art.100 de la C.N. se refería a la Nación, pero como parte demandante o actora¹⁰.

Al año siguiente en los autos "*Juan Carlos Gómez c/ La Nación*"¹¹ la Corte señaló que en caso "*Bates Stokes y Cia c/ PEN*", que había abordado el mismo dadas sus particularidades pero que no había reconocido que fuera regla general la libre demandabilidad del Estado, entendiendo, por el contrario, que debía dejarse en manos del Congreso Nacional la decisión de los reclamos por estar facultado para reglar el pago de la deuda pública.

De esta manera se conformó la teoría según la cual la Nación no podía ser demandada sin la autorización del Congreso Nacional, mediante una ley formal, principio aceptado como regla general al sancionarse la ley n° 475.

Posteriormente, en el año 1900 se sanciono la ley 3952¹² de demandas contra la Nación que solo admitió, conforme la interpretación restrictiva de nuestro máximo tribunal, la demandabilidad del Estado Nacional, como persona jurídica, en su actuación en el ámbito del derecho privado, solo si el demandante había efectuado la reclamación de sus derechos ante el Poder Ejecutivo. Mientras tanto, en los restantes casos en donde el Estado actuara como poder público se seguía exigiendo la venia legislativa previa, fruto de la teoría de la doble personalidad del Estado entonces vigente.

⁹ Fallos 1:317 causa XLVI.

¹⁰ MARCER, Ernesto Alberto. "*Demandas contra el Estado. Razonabilidad de las condiciones de su admisibilidad*". 2da Edición, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires 2013.

¹¹ Fallos 2:36 causa LXXVII.

¹² 27 de Septiembre de 1900, Ley Publicada en el RN. 1900, Tomo III, Pág. 288.



Esta regulación se mantuvo hasta el año 1932 con la sanción de la ley 11.634¹³, que al modificar la ley 3952, estableció en cabeza de los administrados el requisito de la reclamación previa a la demanda judicial del Estado Nacional, sea que este actuara como persona jurídica o persona de derecho público. Con el tiempo la jurisprudencia fue estableciendo excepciones a la reclamación previa, como fue el caso de la responsabilidad por hechos o accidentes en los que fuesen parte los agentes de la Nación.

En definitiva, y más allá de quedar plasmada legislativamente la demandabilidad del Estado, la jurisprudencia considero en el marco de la teoría de la doble personalidad del Estado, que esté actuando como poder público era irresponsable, pues obraba en virtud de su soberanía; y que a su vez, cuando actuaba como persona jurídica tampoco era responsable extracontractualmente ya que la persona ideal no respondía por la actuación ilícita de sus representantes con arreglo a lo normado por los artículos 36 y 43 del entonces Código Civil.

Así las cosas recién en el año 1933, al fallar la causa “*S.A. Tomas Devoto y Compañía c/ Gobierno Nacional*”¹⁴, el máximo tribunal admite la responsabilidad (extracontractual) indirecta y subjetiva del Estado con fundamento en los arts.1109 y 1113 del entonces vigente Código Civil, aceptando así la responsabilidad estatal en tanto quedase demostrada la culpa del agente- elemento subjetivo- teniendo que responder este por los hechos de sus dependientes- funcionarios públicos- responsabilidad indirecta, por el art.1113 del Código Civil, antes citado.

Posteriormente, en el año 1938, la Corte Suprema fallo el caso “*Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires*”¹⁵ en donde introduce un criterio objetivo, como es la falta de servicio, al citar el artículo 1112 del Código Civil, pero mantuvo el carácter indirecto de la responsabilidad al fundarla también en el artículo 1113 de dicho cuerpo normativo, es decir la responsabilidad del principal

¹³ B.O 28/09/1932

¹⁴ Fallos 169:111

¹⁵ Fallos 182:5

en este caso el Estado por el hecho de sus dependientes, en el caso sus empleados y funcionarios.

Recién en el año 1984, al fallar la causa “*Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires*”¹⁶, el máximo tribunal de la nación estableció la responsabilidad directa del Estado, al aceptar la teoría del órgano a fin de atribuir las conductas de sus agentes al Estado como propias, y objetiva sobre el factor de atribución de la falta de servicio

En síntesis, el sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho administrativo argentino se ha desarrollado hasta la actualidad, mediante la labor jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y el aporte de la doctrina nacional y comparada, y sobre la base de los fundamentos contenidos en la constitución nacional en los artículos 14, 16, 17, 19, 28, 75 inc. 22, sin la existencia de textos normativos expresos que abordaran el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya sea en la órbita nacional o provincial.

En el año 2014, el instituto encuentra un cuerpo normativo propio, que solo trata la responsabilidad del Estado a nivel Federal, mediante la sanción de la ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Por su parte, los Estados locales, dado el carácter eminentemente local que presenta el derecho administrativo en nuestro país, también han comenzado la labor legislativa de la responsabilidad Estatal en sus respectivos ordenamientos jurídicos¹⁷, que más allá de los

¹⁶ Fallos 306:2030

¹⁷Lamoglia Carlos Marcelo.” *La ley de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”. Revista de Derecho Administrativo (RDA); no. 134. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2021. ISSN: 1851-0590 <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/115481>

Sobre el punto en cuestión el autor cita las distintas normas provinciales que regulan la responsabilidad del Estado. Así hace referencia a Mendoza (Ley 8968 B.O. del 11/5/2017, que regula de manera particular el régimen legal), Santa Cruz (Ley nro. 3396, B.O. 27/11/2014, que adhiere a la ley nro. 26.944, con una redacción especial en lo relativo a la responsabilidad del Estado por los servicios públicos concesionados), Chubut (Ley Inro 560, B.O. 23/7/2015 que plasma el articulado de la ley nacional), Entre Ríos (Ley nro. 10.636 B.O. 23/11/2018, que legisla de manera particular el sistema de responsabilidad estatal); Rio Negro (Ley nro. 5339, promulgada por decreto 1753 del 15/12/18, que con particularidades sigue los lineamientos de la ley nacional); La Rioja (Ley 10.004, B.O. 5/9/17, que el art. 11 adhiere a la ley 26.944); Catamarca (Ley 5536 B.O. 6/7/18, en la cual se realiza una adhesión a la ley nacional), Santiago del Estero (Ley 7179.B.O. 17/9/15, adhiere al régimen previsto en la ley nacional, con la particularidad que los jueces del fuero civil y comercial entenderán, de manera provisoria, en las contiendas referidas a tal materia. Creado el fuero contencioso administrativo será competencia de dicho fuero).



grandes lineamientos que se establezcan a nivel legislativo, necesariamente deberán contar con el aporte de la labor judicial, al resolver los casos concretos con sus particularidades.

2.3 De su clasificación: Tipos de responsabilidad del Estado

El derecho privado distingue dos tipos de responsabilidad sea que la misma se funde en el incumplimiento contractual o en un acto ilícito, dando lugar, respectivamente a responsabilidad contractual o extracontractual, y en el cual el criterio distintivo finca en la existencia o no de un vínculo obligacional, y por ello de la juridicidad o antijuridicidad de la actividad.

Esta distinción no es admisible en el terreno del derecho público, en el cual la potestad Estatal, en ejercicio regular de sus competencias le permite sacrificar derechos subjetivos patrimoniales de los particulares en aras del interés público, puede comprometer la responsabilidad Estatal sin antijuridicidad, como si ocurre en el derecho privado.

Por esta razón en el derecho administrativo, teniendo en cuenta la causa de la responsabilidad, hace énfasis en la índole legítima o lícita como de la ilícita o ilegítima, y aun dentro de cada una de estas distingue, según el ámbito, si la responsabilidad es de origen contractual o extracontractual.

Asimismo, teniendo en cuenta la índole de la actividad estatal involucrada puede clasificarse a la responsabilidad Estatal, en legislativa, judicial o administrativa.

Por último, y tal como se analizó ut supra, la responsabilidad del estado puede clasificarse según su especie en directa o indirecta, según se considere que el actuar del órgano es el actuar del mismo Estado, o indirecta si responde por el actuar de otro, en este caso sus funcionarios o empleados¹⁸.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA LICITA.

¹⁸ FARRANDO, Ismael. “*El alcance de la responsabilidad del Estado*”. En: Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 16, 17 y 18 de mayo de 2007, Rap 2008 ISBN: 978-987-1313-40-2.

3.1 Lineamientos de la Responsabilidad del Estado por actividad lícita.

El marco Constitucional en el que se asienta el Estado de derecho actualmente vigente en la República Argentina, el Estado es responsable, no solo por su actividad ilegítima o ilícita, sino también por su actuar lícito, nota central en su distinción con el derecho privado, que basa su sistema de responsabilidad sobre el concepto de antijuridicidad¹⁹.

Se advierte así que el ámbito de la responsabilidad Estatal por actos o hecho lícitos es propio del derecho público, pues en el derecho privado nadie resulta responsable por ejercicio regular de los derechos. En efecto ello se advierte tanto durante la vigencia del Código de Civil de Vélez Sarsfield, con sus modificaciones, su artículo 1071 el texto actual del artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente establecen que *“el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”*.

Esta particularidad, hace que no exista técnicamente responsabilidad estatal, cuando el estado impone sacrificios que causan perjuicio, en el desempeño lícito de la función administrativa, toda vez que en tales casos el Estado no solo actúa sin culpa- como principal factor imputativo del sistema de responsabilidad civil, - o negligencia, sino que lo hace dentro de la juridicidad.

Al respecto, señala Comadira, que esta evidente inadecuación de la teoría de la responsabilidad civil para fundamentar la procedencia de la responsabilidad Estatal por actuación lícita, permitió a Fleiner puntualizar que cuando el Estado actúa conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos lícitos, debiendo deducirse la solución de los principios del derecho público.

De manera que en este campo será el derecho público el encargado de buscar los fundamentos para la procedencia de la justa indemnización, como señala Forsthoff, dicha indemnización *“es un instituto de Derecho Público, y*

¹⁹ Entendida en palabras de Julio R. Comadira como una relación de contradicción entre el acto o hecho y el ordenamiento jurídico entendido como un todo sistemático y coherente.



como tal tiene que ser dominada científicamente en el ámbito del Derecho Administrativo. Las construcciones y las analogías civilísticas no le convienen”.

Ello ha llevado a que buena parte de la doctrina del Derecho Administrativo se haya resistido a hablar de “responsabilidad del Estado” por su obrar lícito, optando por referirse a la necesidad, en estos casos, de “indemnizar” y a la teoría de la indemnización.

De modo que esa actividad lícita del Estado siempre se encontraría amparada por el ordenamiento jurídico que habilita su actuar, lo cual hace que la responsabilidad aparezca como una excepción²⁰, pues en principio no generarían derecho a indemnización como ha sostenido la doctrina nacional “*por el acto lícito no procede como regla*”.²¹ En similar sentido, la Corte desde antiguo tiene dicho que “*el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares, a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente*”²² es decir, que la actividad lícita, jurídicamente justificada no resulta indemnizable, en principio.

Sin embargo, bajo ciertas condiciones los daños provocados por el actuar lícito del Estado deben ser reparados pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general- esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito”²³.

En ese sentido, parte de la doctrina, considera que se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado cuyos requisitos son más exigentes, pero que una vez cumplidos la “*indemnización deviene insoslayable*”.²⁴

²⁰ Fallos 258:322; 305:1045, entre muchos otros.

²¹ Aquiles Mairal. “*Responsabilidad del Estado por su actividad lícita*”. En Responsabilidad del Estado Editorial Rubinzal Culzoni, 2008 p.142.

²² Fallos 317: 1233 considerando 12°.

²³ Fallos 293: 617; 301:403; 306:1409; 312:649, 312:2266

²⁴ PERRINO, Pablo Esteban.” *La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial Ley 26.944 comentada*”. Ed La ley, pág. 141.En ese sentido el auto sostiene que esa es la interpretación que cabe acordarle al artículo 5° de la ley 26.944 que regula

Ahora bien, cabe hacer una referencia a los supuestos del actuar lícito que el ordenamiento autoriza al poder Administrador, que generan un sacrificio en cabeza de los derechos patrimoniales de los particulares por razones de bien común.

Toda vez que existe un obrar lícito de la administración que causa una lesión a derechos patrimoniales de los particulares por razones de interés colectivo el instituto por excelencia que se presenta es el instituto de la expropiatorio, como el supuesto de mayor intensidad en cuanto supone como sostiene Barra una transferencia de un bien de un patrimonio privado a patrimonio Estatal. El mismo está previsto en el artículo 17 de la CN—que tutela el derecho de propiedad—, el cual establece que: La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada, con lo cual se habilita la utilización de tal instituto condicionándolo a tres requisitos, a saber: que lo motive una causa de utilidad pública, entendiendo por tal aquella por la que se procure la satisfacción del bien común; que se materialice a través de una ley formal—emanada del Congreso—, por la cual se especifiquen los bienes alcanzados o, genéricamente, los bienes que sean necesarios para la construcción de una obra o la ejecución de un plan o proyecto y, finalmente, que se indemnice el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación.

Ahora bien, la expropiación no agota los casos de responsabilidad del Estado por actividad lícita, toda vez que como dice García de Enterría hay múltiples actuaciones del Estado en las cuales el Estado comprime o lesiona derechos patrimoniales fuera de la expropiación, entonces *“a cubrir esos daños residuales de la acción administrativa, no deliberadamente procurados pero inevitables tiende el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración...”*²⁵.

De esta manera la responsabilidad del Estado actúa como una garantía frente al patrimonio del particular, ante la actuación de la Administración, al decir

la responsabilidad del estado por actividad lícita a nivel federal, en cuanto establece que la misma tiene carácter excepcional.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. *“Curso de Derecho Administrativo. Tomo II”*. Pag.355 y sig. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1993.



de Hauriou hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración, por un lado, el principio de legalidad y por otro la responsabilidad patrimonial del Estado los que pueden resumirse en estos dos brocardos, “...*que actué pero que obedezca la ley, que actué pero que pague el perjuicio*”.²⁶

En torno a los supuestos que puede abarcar este tipo de responsabilidad del Estado la doctrina como la jurisprudencia la ha reconocido frente a hechos genéricos, actos administrativos legítimos, reglamentos y leyes que si bien son válidas poseen entidad como para afectar la esfera de derechos de los particulares protegidos por el ordenamiento jurídico.

A su vez, podemos enunciar algunos supuestos en donde ha sido corriente que a través de una ley formal se haya establecido, en variadas hipótesis, la obligación de reparar por hechos y actos administrativos legítimos tales como: a) la ocupación temporaria de bienes pertenecientes a particulares —ley n° 21.499 59—; b) la requisición de bienes entiendo de guerra; c) la realización de obras públicas que impliquen un perjuicio o una disminución del valor de los inmuebles contiguos de particulares d) la revocación por razones de oportunidad mérito y conveniencia (ley 19.549).

Por otra parte, la doctrina ha delineado, a modo enunciativo, supuestos específicos de este tipo de responsabilidad tales como: la modificación del régimen de los depósitos bancarios, la prohibición de importaciones y la fabricación de determinados productos, normas que consagran el monopolio estatal de ciertas actividades, actos de autoridades aduaneras, como asimismo restricciones municipales, y entre ellas limitaciones en materia de edificación.

En consecuencia, el principio del derecho administrativo es que los daños provocados por la actividad legítima y regular de la Administración que, bajo ciertas condiciones, impongan un sacrificio especial al particular, generan derecho al resarcimiento.

En este tipo de responsabilidad, a diferencia del derecho civil que atiende al damnificado por el daño y basa la reparación en criterios de justicia conmutativa, se encuentra en juego la justicia distributiva en donde si bien, se

²⁶ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomas. “*Curso de Derecho Administrativo, T. II*”. cit. (con cita de Maurice Hauriou). Pag.355 y sig.

tiene en cuenta el derecho del damnificado, este debe ser armonizado con el derecho de la sociedad y del Estado.

En efecto, no pueden enervarse las posibilidades de concretar políticas transformadoras inspiradas en las claras directivas que informan el programa constitucional, acordes con un Estado de Derecho, que obligan a brindar amplia tutela, tanto al ejercicio como al acceso a los derechos humanos básicos dentro de un modelo socio económico equitativo y solidario que asegure el logro de grados equivalentes de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades para todos, a lo largo y a lo ancho del territorio nacional, lo que hará posible el pleno goce de los derechos y garantías acogidos por nuestra Carta Magna y revalidados, incluso con mayor extensión, por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados en la Argentina por la Reforma de 1994 (arts. 28, 33 y, 75, incs.2, tercer párrafo, 8, 19, 22 y 23 de la Ley Fundamental).

Es que resulta necesario jerarquizar y armonizar y armonizar derechos según su dimensión axiológica, entre los cuales el de propiedad —de indiscutible raigambre natural, en tanto se lo conciba en clave social, y que genera el deber público de reparar cuando es menoscabado por la acción pública— deberá ser incardinado con otros derechos fundamentales, como los que garantizan la vida, la alimentación, la salud, la educación, el trabajo o la vivienda digna.

En tales condiciones, resulta necesario precisar y acotar las situaciones jurídicas protegidas con aptitud para generar, en caso de manifiesto y sustantivo de mérito, un derecho a resarcimiento por el accionar público lícito, delimitando, al mismo tiempo, el núcleo central que debe preservarse intangible.

3.2 Fundamento Constitucional. Antecedentes. Presupuestos de Procedencia.

La responsabilidad del estado por su actuación legítima que perjudica o lesiona derechos de los particulares de manera especial o anormal generando daños que van más allá de las cargas o limitaciones propias de la vida social encuentra el fundamento para la reparación de los perjuicios en la Constitución Nacional, toda vez que los artículos 14 y 17 CN se refieren al derecho de propiedad y establecen la garantía de su inviolabilidad, también en el artículo 19



CN, en el principio de razonabilidad del art.28 y principalmente en el artículo 16 CN que establece la igualdad de las cargas públicas.

Al respecto Comadira²⁷ sostiene que estas cláusulas constitucionales deben ser conjuntamente consideradas como fundamento constitucional del deber de reparar el daño, y como ha sostenido Marienhoff ²⁸ la misma surge del complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de Derecho.

Es natural que si el Estado en su obrar lícito en beneficio de la comunidad, impone a un particular una carga de sacrificio desproporcionada que excede la cuota de normal sacrificio que lleva consigo la vida en sociedad, deba indemnizar pues se produce un quiebre de la garantía de la igualdad que todos los habitantes poseen ante las cargas públicas art. 16 CN, ese perjuicio excepcional deberá indemnizarse ²⁹.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado distintos antecedentes que han dado lugar a que la responsabilidad del Estado se pueda caracterizar bajo los siguientes aspectos: a) Se trata de una actuación regular del Estado que en principio no genera responsabilidad, b) la indemnización por actividad lícita solo procede en tanto se acredite un perjuicio especial, c) debe existir imputabilidad del perjuicio al Estado, d) el daño debe ser cierto real y cuantificable mediante la prueba aportada, e) la relación de causalidad es más estricta llegando a caracterizarse como directa e inmediata entre la actividad Estatal y el perjuicio.

Ahora bien, cabe señalar que estos recaudos de la responsabilidad por el actuar lícito del Estado se fueron desarrollando en Francia a través de los distintos pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado Francés, así en el caso del *arret Couiteas* del 30 de noviembre de 1923, este reconoció la responsabilidad del Estado, en un caso en que la administración no había brindado el auxilio de la fuerza pública para ejecutar una sentencia de desalojo de tierras del actor situadas en Túnez, respecto de personas que se

²⁷ Comadira, Julio Rodolfo, Héctor Jorge Escola, Julio Pablo Comadira. Coordinador, Colaborador y Actualizador) “Curso de Derecho Administrativo. Tomo II”. Abeledo Perrot 2013.

²⁸ MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de derecho administrativo”. 5ª Ed. actual., Buenos Aires 1992.

²⁹ “García, Ricardo Mario c/ Pcia de Bs As s/Indemnización de daños y perjuicios”. Fallos 315: 1892; 293:617.

consideraban ocupantes legítimos de las mismas. La inactividad Estatal se fundaba en mantener el orden y la seguridad pública en un país bajo protectorado, evitando graves disturbios y afectación del orden público al que podía dar lugar la expulsión de los numerosos indígenas ocupantes de dichas tierras.

Sin embargo, era indudable que el fallo había adquirido carácter definitivo y debía cumplirse. En ese orden de ideas la negativa del gobierno suponía, una grave vulneración de los derechos individuales de *Couiteas*, aunque fundado en un motivo de interés general. En ese sentido, el Consejo de Estado, al resolver el caso entendió que la privación del disfrute total y sin limitación de tiempo de la propiedad que suponía la medida, obligaba al recurrente a soportar por motivos de interés general un perjuicio que le daba derecho a reclamar una reparación pecuniaria, fundada en el quiebre del principio de igualdad ante las cargas públicas mencionado en la Declaración de 1789 ³⁰.

El Consejo de Estado textualmente sostuvo en sus considerandos “ *...el justiciable que tenga en su poder una sentencia judicial, acompañada de la correspondiente orden de ejecución, está en su derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública para que se ejecute el documento acreditativo que le ha sido entregado; que, tal y como se ha indicado, aunque el gobierno tiene el deber de valorar las condiciones de la ejecución y el derecho a denegar el auxilio de las fuerzas armadas, si considera que puede poner en peligro el orden y la seguridad, el perjuicio resultante de esta denegación no puede, cuando supere una determinada duración, ser una carga que deba asumir el interesado en circunstancias normales* ³¹.

En este sentido, y como sostiene Damsky ³², el *arret Couiteas*, en donde se reconoció el derecho de un particular a obtener una reparación por medidas administrativas, resulta ser el antecedente directo del *arret la Fleurette*, toda vez que ambos precedentes comparten la misma definición del perjuicio indemnizable, siendo necesario que sea un perjuicio *anormalmente grave* y

³⁰ Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts.

³¹ Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1923, “*Couiteas*”.

³² DAMSKY, Isacc Augusto (h) “*La responsabilidad del Estado por actuación lícita en la Argentina. Su temprana construcción jurisprudencial local, el posterior desarrollo comparado y la errática evolución contemporánea*”. EDA, 2007-515.



especial, y al reconocer como fundamento en la ruptura de la igualdad en las cargas públicas, de manera que ambos precedentes se constituyen en los pilares de la responsabilidad de Estado por actividad lícita, que luego se aplicara a otras formas de actuación legítima del Estado ³³.

Mediante el arret “*Societe la Fleurette*” el fundamento de la obligación de reparar el daño producido por el legislador también radica en la situación de desigualdad provocada, en este caso por una norma legal, que repercute perjudicialmente sobre un individuo respecto del resto de la colectividad. El supuesto fáctico analizado por el Consejo de Estado en el *arret La Fleurette* es el siguiente: En el año de 1934 se había dictado una ley que prohibió la fabricación y el comercio de la crema láctea fabricada con materia distinta a la leche. La única empresa afectada por esta disposición resultó ser la *Société des produits laitiers La Fleurette*, que fabricaba un producto denominado gradine compuesto de leche, aceite de cacahuets y yema de huevo.

Al respecto en la sentencia del 14 de enero de 1938 señaló el Consejo de Estado: *Considerando que nada, ni en el texto de la Ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el Legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido.*

Esta decisión fue posteriormente ratificada en el *arrêt Bover*, cuyo origen se encuentra en la demanda interpuesta por M. Bover, propietario de una vivienda ocupada por un tercero, quien a pesar de haber obtenido una sentencia judicial ordenando el desalojo de la misma no había conseguido el cumplimiento del fallo por la expedición de una ley en el año de 1959 que prohibía el desahucio de los militares en servicio en el norte de África. En esta sentencia del 23 de

³³ DAMSKY, Isacc Augusto (h) “*La responsabilidad del Estado por actuación lícita en la Argentina. Su temprana construcción jurisprudencial local, el posterior desarrollo comparado y la errática evolución contemporánea*”. Ob. Cit. El autor sostiene que se extiende su aplicación a: los decretos coloniales, los decretos leyes, los reglamentos legalmente dictados y las medidas individuales de aplicación de una ley, mientras que también se aplicó a la doctrina a las convenciones internacionales regularmente incorporadas al orden jurídico interno.

enero de 1963 se sienta definitivamente la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas como criterio del nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En tal sentido, esta decisión sostuvo: “*Tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de propietarios de viviendas ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado*”.

Por otra parte, en dicho desarrollo es menester hacer mención a la doctrina alemana con la “*teoría del sacrificio especial*”, cuyo autor resulta ser *Otto Mayer*³⁴, y que viene a dotar de fundamento objetivo a esta especie de responsabilidad, que en líneas generales postula que la obligación de indemnizar del Estado se genera al afectarse la igualdad, toda vez que cuando un individuo soporta un sacrificio injusto, superior y desigual, a las cargas generales que pesan sobre el resto de la comunidad, debe ser compensado por el erario público.

Dicha teoría ha tenido recepción en nuestro derecho y en la jurisprudencia del tribunal cimero y lo ha considerado un requisito fundamental de este tipo de responsabilidad³⁵, y encuentra fundamento en el principio de igualdad de las cargas públicas, del art. 16 *in fine* de la CN.

En particular, sostiene Bianchi³⁶ que la Corte Suprema comienza el desarrollo de la doctrina del sacrificio especial en el caso “*Fisco Nacional c. Arrupe*” y con mayor énfasis en “*Establecimientos Americanos Gatry*” donde el alto tribunal sostuvo “... *no reúne el perjuicio que se dice experimentado la*

³⁴ MAYER, Otto, “*Derecho Administrativo Alemán (1895)*”. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

³⁵ Así se ha establecido el requisito del sacrificio especial en distintos precedentes del alto tribunal tales como: Fallos 180:107; Fallos 182:146; Fallos 248:79; Fallos 318:385; Fallos 318:2311, Fallos 319:2658

³⁶ BIANCHI, Alberto B. “*La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)*”, AAVV, Ley 26944 de responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético, Horacio Rosatti (director). Pág. 199 y sig. Rubinzal- Culzoni, Bs. As 2014.



*condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad”.*³⁷

En definitiva, la idea de esta tesis es que surge el deber de indemnizar toda vez que el daño exceda la carga pública normal común y general que le cabe a un individuo por vivir en comunidad, lo que supone un quiebre de la igualdad, lo cual denota un daño singularizado, distinto a las consecuencias que debe soportar la generalidad por el actuar administrativo.

Sobre este andamiaje doctrinario y jurisprudencial, se cimientan los fundamentos de la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

Al respecto, el Dr. Coviello trae a colación tres precedentes en materia de responsabilidad del estado por actividad lícita, algunos de ellos anteriores al caso Laplacette, y otro posterior. El primero de ellos del año 1876, es el caso “*El Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, de la ciudad de Bs. As contra D. Gerónimo Pérez s/ Construcción de un conducto de tormenta*”, que abordó el tema de la negativa del demandado a que por su terreno pasaran caños cloacales que se estaban construyendo por encomienda legal, a menos que se le abonara una suma de dinero. Ello ocasiono un reclamo judicial para hacer cesar la conducta del demandado, el cual llegó a la Corte que sostuvo que no se trataba de una expropiación por causa de utilidad pública; sino de un caso de indemnización de perjuicios que el propietario tenía derecho a reclamar, cuando los trabajos públicos autorizados por la administración sin desposesión del inmueble le causan un perjuicio, razón por la cual concluyo que el reclamo debía deducirse ante la autoridad administrativa. Si bien el tribunal no se refirió a la posibilidad de reclamar judicialmente los daños, no dejó de lado la posibilidad de que el demandado pudiera solicitar la indemnización³⁸.

Ahora bien, en torno la responsabilidad del Estado que interesa en el presente trabajo, esto es la responsabilidad lícita por actividad administrativa, se señala al caso “*Laplacette*” del año 1943 como uno de los precedentes iniciales

³⁷ Dicho requisito fue reiterado por la Corte en *Carlos Reisch y Cia Srl, en Corporación Inversora Los Pinos*, en el caso *Columbia S.A de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. BCRA*, como en autos *Buenos Aires Eximport S.A c/ Nación Argentina*.

³⁸ COVIELLO, José Jorge. “*Sentencias para recordar: La Responsabilidad del Estado por su actividad lícita a través de tres pronunciamientos señeros: “Gerónimo Pérez”, “Molle” y Laplacette.*” EDA- 2007-144.

y con mayor desarrollo de fundamentos y de contenido dogmático en la materia , toda vez que en este precedente el alto tribunal acudió a la analogía como forma de integrar la solución justa en el terreno del Derecho Administrativo, mientras que no tuvo inconvenientes en acudir también a los principios generales del derecho.

En el caso “*Laplacette*”, el máximo tribunal resolvió acerca de la indemnización reclamada en razón de la inundación de campos producto de obras hidráulicas realizadas por la Provincia de Buenos Aires, y reconoció este tipo de responsabilidad adoptando como fundamento a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada en los arts.14 y 17 de la Constitución Nacional. Ahora bien, a fin de hacer efectiva dicha garantía era necesario acudir a los principios generales del derecho común a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria. A su vez, agrego que *“a falta de esa disposición legal expresa no había duda que la solución debe buscarse en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas, de acuerdo con lo dispuesto por el art.16 del código civil, y que no hay otras que las que rigen la expropiación”*³⁹.

Posteriormente, Coviello ⁴⁰ cita el caso “*Molle*” en el cual, con el agregado de doctrina extranjera, (Hauriou, Mayer, Fleiner), y con el voto de Raymundo Salvat en el cual se reiteran los argumentos vertidos en el caso “*Laplacette*” para fundar este tipo de responsabilidad del Estado.

Otro de los precedentes relevantes resulta el fallado en “*Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de Ensenada*” del año 1909 en el que la Corte reconoció el derecho a una indemnización por el levantamiento de un ramal ferroviario, encuadrable en un supuesto de responsabilidad del estado por actividad lícita y donde se argumentó *“ sin en virtud del interés general, o por otra causa, se pretendiese revocar este derecho, la justicia y la equidad reclaman que sea reparado el perjuicio que con ello se ocasionare.”*

3.3 Requisitos para la configuración de la responsabilidad del Estado por actividad Lícita

³⁹ Fallos 195:66

⁴⁰ COVIELLO, José Jorge, ob. cit. página 144 y sigtes.



Por su parte, la responsabilidad extracontractual del Estado por su actuar lícito requiere para su configuración ciertos requisitos que se han establecido mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- a) Imputabilidad del perjuicio al Estado;
- b) daño cierto real y cuantificable en virtud de la prueba;
- c) Una relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad Estatal y el perjuicio;
- d) El sacrificio especial.
- e) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño,

En relación con el requisito de la imputabilidad del daño al Estado, la misma se vincula con la teoría del órgano, y entraña la exigencia dada por la reconocibilidad exterior del acto como proveniente del Estado.

El daño, debe ser cierto, siempre, más allá de que sea actual o futuro. Debe existir una lesión a una situación jurídicamente protegida, conforme surge del fallo *Revestek S.A.*⁴¹, lo cual según dicha jurisprudencia implicaba analizar si se estaba en presencia de un derecho adquirido entendiendo por tales aquellos que se han incorporado al patrimonio del sujeto que experimenta el daño⁴². No se admiten las pérdidas o perjuicios conjeturales o hipotéticos, ni tampoco las meras expectativas.

Por su parte, en torno a la relación de causalidad en lo referido a la actuación lícita del Estado, ha habido distintas variantes que van desde aquellas que la han hecho más o menos restrictiva y que merecen diferenciarla de la requerida para la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima. En el ámbito de la actuación ilegítima se establece la causalidad adecuada, aquella según la cual para sostener que un hecho resulta ser la causa de un determinado perjuicio se realiza un juicio de probabilidad y se analiza si dicho comportamiento resulta apto según el curso normal y ordinario de las cosas para producirlo. Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad por actuación legítima encontramos posturas menos restrictivas en torno a este requisito tales como el precedente

⁴¹ Fallos 318: 531.

⁴² Fallos 323: 1897 y 330: 2548.

“Galanti, Carlos Alberto c/ Municipalidad de Bs. As”⁴³ donde se la ha calificado como directa e inmediata. Sin embargo, en otros pronunciamientos se ha tornado más restrictiva su configuración al exigir que la misma tuviera el carácter de *directa inmediata y exclusiva*, tal como en el caso “Ledesma S.A Agrícola Industrial c/ Estado Nacional”⁴⁴, y en una línea similar de interpretación también la Suprema Corte Bonaerense ha requerido que esta tuviera carácter *directo y relevante*.

Desde el punto de vista normativo, cabe mencionar que el criterio adoptado la reciente ley N° 26.944 que rige la responsabilidad del Estado en relación con el Estado nacional, es el de una relación de causalidad *directa inmediata y exclusiva*, conforme así lo requiere el artículo 4° de dicha norma, razón por cual se ha considerado que se ha adoptado la corriente más restrictiva delineada por el máximo tribunal.

En cuanto al requisito del sacrificio especial, es entendido como un perjuicio que debe alcanzar a una persona o número determinado de ellas, y que deriva de su vinculación con el principio de igualdad ante las cargas públicas⁴⁵.

Como hemos dicho anteriormente, este recaudo ha sido exigido por la Corte Nacional a partir del precedente de autos “Fisco Nacional c. Arrupe” y con mayor énfasis a partir del caso “Establecimientos Americanos Gatry”, para luego ser reiterado en otros precedentes que le sucedieron tales como *Carlos Reisch y Cia S.R.L*, en *Corporación Inversora Los Pinos*, en el caso *Columbia S.A de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. BCRA*, como en autos *Buenos Aires Eximport S.A c/ Nación Argentina*. Sin embargo, y como acertadamente apunta la doctrina más allá de que la noción de sacrificio especial fue aceptada desde antaño por el máximo tribunal sus alcances no está claramente definidos y su determinación depende de la casuística judicial.

En el ámbito de la doctrina nacional el requisito es ampliamente exigido y aceptado, salvo la postura de Marienhoff que lo encuentra como un requisito

⁴³ Fallos 310: 2814.

⁴⁴ Fallos 312: 343

⁴⁵ CILURZO, María Rosa. “ *El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima*”. AAVV, *Ley 26944 de responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y exegético*, Horacio Rosatti (director), Rubinzal- Culzoni, Bs. As 2014, p.141 y ss.



propio de otros sistemas jurídicos ajenos al nuestro, y para quien la generalidad del daño no sería excluyente de la obligación de reparar.

Al respecto, entre los que se enrolan en la doctrina mayoritaria que exige este recaudo, el Dr. Comadira estima que el mismo debe resolverse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, razón por cual estima que la indemnización solo sería debida cuando el perjuicio experimentado por el administrado fuera irrazonable, -tal como se sostuvo en el precedente *Ledesma*, por desproporcionado, en relación con los sacrificios exigibles por la vida en comunidad y teniendo en cuenta que este tipo de reconocimiento responsabilidad no podría conducir garantizar la obtención de ventajas conjeturales ni a la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales como lo ha sostenido el alto tribunal en distintas oportunidades.

Otro de los requisitos exigidos es el de la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, mencionado por primera vez por la Corte Suprema de Justicia al fallar el caso "*Columbia*"⁴⁶.

3.4 El alcance de la indemnización. Teorías. El lucro cesante.

Delineada la responsabilidad por actividad legítima, uno de los temas más controvertidos, a nivel doctrinario como jurisprudencial, ha sido el alcance de la indemnización correspondiente ante estos casos, en los que el ordenamiento jurídico no contemplaba una norma que expresamente regulara el alcance de la reparación en el ámbito el derecho público.

Este vacío legal dio lugar a dos posturas antagónicas al respecto. Por un lado, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial tenemos una postura restrictiva que establece que en la responsabilidad por actividad legítima del Estado la indemnización debe circunscribirse solo al pago del daño emergente, toda vez que la Constitución Nacional no contempla ninguna norma que establezca el principio de integralidad de la indemnización, y que a falta de una normativa específica sobre el punto se adopta una solución por vía analógica que se resuelve apelando a los principios de las normas que regulan la expropiación,

⁴⁶ Fallos 315:1026

por ser el caso por antonomasia que regula la restricción de derechos patrimoniales por razones de interés público⁴⁷.

Mientras tanto, otros autores y otros fallos judiciales se han inclinado por sostener el reconocimiento de una compensación integral, toda vez que la ausencia de texto legal expreso que limitara el grado de compensación, y las condiciones que impone la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria impedían efectuar una interpretación extensiva de sus normas para limitar la indemnización debida ante los casos de sacrificios patrimoniales por actividad lícita de la administración.

3.4.1) La postura restrictiva y la fuerza expansiva de la expropiación:

Ha sido Marienhoff, el principal doctrinario que ha sostenido en su obra el carácter expansivo de la noción de expropiación por razones de interés público, y su principal derivación de la aplicación de los principios expropiatorios, en materia de indemnización debida ante la restricción de derechos por la actividad estatal lícita, que radica en que la indemnización debida solo comprende el daño emergente, con exclusión del lucro cesante, conforme la solución establecida en el artículo 10 de la ley de expropiaciones 21.499⁴⁸. Similar criterio establece el artículo 8° de la ley 5708⁴⁹, de expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires.

El eximio tratadista fue quien hizo énfasis en el carácter expansivo de la expropiación, al sostener: *La expropiación tiene gran amplitud conceptual, sus principios no solo comprenden y se aplican al específico acto por el cual el Estado, por causa de utilidad pública calificada por ley y previa indemnización obtiene que le sea transferido un bien o cosa en particular, sino que tales*

⁴⁷ MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de derecho administrativo".cit., T.IV, pág. 123.

⁴⁸ Art.10 ley de expropiaciones 21.499 cuyo texto dice: "*La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses*".

⁴⁹ B.O 28/1952. Art. 8 ley 5708: "*Las indemnizaciones deben ser fijadas en dinero y con expresión de los precios o valores de cada uno de los elementos tomados en cuenta para fijarlos. Además, comprenderán el justo valor de la cosa o bien a la época de la desposesión y los perjuicios que sean una consecuencia forzosa y directa de la expropiación. También debe comprender los intereses del importe de la indemnización, calculados desde la época de la desposesión, excluido el importe de lo depositado a cuenta de la misma. No se pagará lucro cesante. El valor histórico, artístico y panorámico del bien expropiado, podrá ser indemnizado cuando sea el motivo determinante de la expropiación*".



principios se extienden y se aplican a todos los supuestos de privación de la propiedad privada, o de menoscabo patrimonial, por razones de utilidad o interés público. Esto concluye lo que puede llamarse “fuerza expansiva de la noción jurídica de expropiación”⁵⁰.

Los partidarios de esta corriente, entre los que podemos mencionar a Marienhoff, Comadira⁵¹ y Hutchinson⁵², Reiriz ⁵³ entre otros, sostienen que no existe ni en la Constitución ni en los tratados Internacionales, disposición alguna que determine expresamente cual debe ser el alcance de la indemnización debida al administrado cuando el Estado sacrifica un derecho subjetivo patrimonial por razones de interés público.

Si bien la Constitución Nacional en su artículo 14 reconoce el derecho de usar y disponer de la propiedad de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio; mientras que el art.17 CN, al consagrar la inviolabilidad remite, en definitiva, para su posible privación al fundamento de la ley, que declare de utilidad pública de la expropiación, de ninguna manera se define el quantum de la indemnización que requiere como condición previa.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) determina a su vez en su artículo 21 inciso 2° que *“ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la ley”*.

De esta manera advierten que en ninguna de las dos normas se fija concretamente a cuánto debe ascender el monto de la indemnización. La única pauta que si se desprende de dichas normas es que la indemnización debe ser justa.

Agrega Hutchinson que, el monto de la reparación queda sujeto a reglamentación legal, que puede ir desde una indemnización plena a una

⁵⁰ MARIENHOFF, Miguel S. *“Tratado de derecho administrativo”*.cit., T.IV, pág. 123.

⁵¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, Héctor Jorge Escola, Julio Pablo Comadira. Coordinador, Colaborador y Actualizador) *“Curso de Derecho Administrativo”*. Cit Tomo II, pág.

⁵² HUTCHINSON, Tomas. *“El problema indemnizatorio en la revocación por razones de oportunidad (Comentario a los Fallos Sánchez Granel y Motor Once)”*. Elementos de Derecho Administrativo. pág. 646 y sgtes. Ed. La Ley 2003.

⁵³ REIRIZ, María G. *“Responsabilidad del Estado”*, Buenos Aires, 1969.

atenuada y para cuyo calculo tanto puede partirse de la integralidad como de cualquier otra base razonable. A mayor abundamiento el autor sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico en el sistema privatístico, donde prima la justicia conmutativa, la reparación no está exenta de quitas sobre el valor real del daño indemnizable, es decir que existen claros ejemplos de la limitación cuantitativa de la reparación⁵⁴.

Entonces, corresponde que la ley formal establezca ese alcance, y al tratarse de una institución administrativa, es lógico acudir a la legislación de esa índole y no a otra.

Al respecto, Comadira concluye, coincidiendo con Marienhoff, que la norma aplicable debe buscarse en ámbito del derecho administrativo, y no puede ser otra que la aplicación directa, y no analógica, del art. 10 de la ley 21.499 de expropiaciones, que excluye la indemnización del lucro cesante.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado esta doctrina en los precedentes recaídos en "*Corporación Inversora Los Pinos c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios*" del año 1975 (Fallos 293:617); "*Cantón Mario Elbio c/ Gobierno Nacional S/ Ordinario*" del año 1979 (Fallos 301:406) y en quizás el más relevante de los precedentes que acogió esta postura doctrinaria como es el fallo recaído en autos "*Motor Once S.A v. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As*" del año 1989 (Fallos 213: 649), doctrina que el tribunal reitero luego en "*Petrucelli*" (Fallos 312: 2266).

Nos detendremos en el caso donde, la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, había autorizado al propietario de un inmueble para construir un edificio en torre, de propiedad horizontal, y una estación de servicio en dicho predio autorización que le fue concedida en el año 1973. Sin embargo,

⁵⁴ HUTCHINSON, Tomas. "El problema indemnizatorio en la revocación por razones de oportunidad (Comentario a los Fallos Sánchez Granel y Motor Once)", Cit.pag 646. El autor cita como supuestos de limitaciones cuantitativas de la indemnización en el derecho privado los siguientes ejemplos: a) Al estipularse una clausula penal; b) En las obligaciones dinerarias en las cuales la responsabilidad del deudor consiste en el pago de los intereses conforme el artículo 621 del entonces vigente Código Civil; c) en materia de hospedaje, el posadero solo responde del valor de los objetos corrientes introducidos por el pasajero, conforme el texto del artículo 2235 del entonces vigente Código Civil; d) la ley 24.441 al tratar en el fideicomiso, la responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitida, según su artículo 14.



posteriormente en el año 1973 el municipio modifico el cuadro de prevenciones contra incendio, y en cuanto a las estaciones de servicio estableció la prohibición de destinar a vivienda locales situados en los pisos altos, y solo permito que fueran destinados para oficinas o trabajo como dependencia del piso inferior. A su vez, el Municipio mediante una nueva resolución del año 1980 prohibió el expendido de combustibles de la actora.

A respecto, del dictamen de la Procuradora Gabriela Reiriz pueden extraerse los pilares argumentales de esta postura que sostiene la fuerza expansiva de la expropiación, a saber:

1) La cuestión debatida radica en establecer el alcance del resarcimiento que correspondía otorgar, en virtud de la responsabilidad de la administración municipal, al aplicar una norma general de policía-mediante actos individuales de ejecución, que estableció la prohibición de seguir ejerciendo determinada actividad en el establecimiento de la actora.

2) En ese orden de ideas, dejó sentado que el caso en tratamiento difería sustancialmente del precedente recaído en autos Sánchez Granel, (Fallos 306:1409), toda vez que en aquel se había abordado la indemnización que correspondía acordar por la extinción unilateral por razones de oportunidad merito o conveniencia de un contrato de obra pública, ya que en dicho caso la cuestión tenía un marco legal definido que era la ley de obras públicas 13.064⁵⁵. En cambio, en el caso bajo análisis se trataba de un acto imperativo, en el ámbito de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad en cabeza de la municipalidad en torno a las actividades desarrolladas en el ejido urbano.

3) Esta distinción, tiene suma importancia pues en este caso la ausencia de normas expresas que establecieran los rubros indemnizatorios, da lugar a la hermenéutica del caso, en virtud del cual el artículo 18 de la ley 19.549⁵⁶- aplicable al orden municipal por imperio de la ley 20.261⁵⁷-se limita a establecer que la revocación de un acto administrativo regular tal la habilitación

⁵⁵ B.O 28/10/1947

⁵⁶ B.O 27/04/1972

⁵⁷ B.O 16/04/1973

para expendio de combustibles- resulta legitima la indemnización de los perjuicios que causare a los administrados, pero sin que dicha norma precisara los alcances del resarcimiento debido.

4) Así ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad, es menester acudir a los principios generales del derecho, toda vez que la regla del art.16 del Código Civil (Código Civil de Vélez Sarsfield, entonces vigente) excede los límites del ámbito del derecho privado, y reviste un principio general del derecho.

5) De las normas que fijan pautas indemnizatorias la de mayor analogía con la situación de autos es la ley nacional de expropiaciones, norma tipifica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija.

6) La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos lícitos. La solución solo puede deducirse de los principios de derecho público.

7) La solución propiciada se justifica porque tanto la expropiación, como el régimen de la responsabilidad Estatal por actividad ilegítima, se desenvuelven dentro del mismo ámbito mencionado de las intromisiones estatales autorizadas; tienden a proteger la misma garantía constitucional y sobre todo, persiguen una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de la responsabilidad del derecho común, que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados (Fallos 301:403).

8) En resumen, conforme lo expuesto cabe concluir que la indemnización en materia de responsabilidad por actividad lícita de la Administración debe ceñirse al modo de responder previsto en las disposiciones que contiene la ley de expropiaciones 21.499, que en su artículo 10 veda el reconocimiento del lucro cesante.

9) Finalmente, a mayor abundamiento cabe señalar que en la expropiación hay una transferencia de valores patrimoniales del sujeto expropiado al expropiante en donde el bien expropiado se incorpora al patrimonio



Estatal, razón por la cual este debe indemnizar dichos valores. En cambio, en el supuesto de autos, donde se trata de daños causados por la actividad lícita del Estado, no se ha producido un acrecentamiento patrimonial para el municipio accionado, no hubo un pasaje de valores, sino una legítima afectación de los derechos de un particular sacrificado por razones de interés público. Ese sacrificio debe compensarse mediante la indemnización propia de un instituto análogo como es la expropiación.

Por otra parte, los autores nacionales que abonan esta postura sostienen que aparte de la expropiación, en el derecho público nacional existen otros supuestos en los que la reparación no es integral.

Así por ejemplo en los casos de los arts.30 y 38 in fine de la ley 13064 de obras públicas que contemplan legítimas modificaciones contractuales se fija una indemnización en la que no se liquidara al contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas (art.54 inc. f).

Asimismo, en su momento la ley 12.910⁵⁸ disponía en su artículo 5° que en las obras paralizadas era procedente la rescisión del contrato sin penalidades al establecer: *“No se les reconocerá a los empresarios ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por parte de la obra que se deja de ejecutar”*.

Por otra parte, la teoría restrictiva se hizo aplicable a los contratos públicos con dictado del Decreto 436/2000⁵⁹ y 1023/2001⁶⁰ que contenían así una norma expresa que contemplaba el alcance de la indemnización para los supuestos de extinción por razones de oportunidad merito o conveniencia. Lo mismo sucedió con el dictado de la ley 25.344⁶¹ de Emergencia Económica Financiera y 25.453⁶² de Déficit Cero.

Esa misma postura restrictiva en torno al reconocimiento del lucro cesante se reitera en el actual decreto reglamentario del Régimen de Contrataciones Nacional aprobado por el decreto delegado 1023/2001, en efecto el decreto

⁵⁸ B.O 19/05/1947

⁵⁹ B.O 05/06/2000

⁶⁰ B.O 16/08/2001

⁶¹ B.O 21/11/2000

⁶² B.O 25/07/2001

reglamentario 893/2012⁶³- que derogo el antiguo Decreto N° 436/00- prevé en su artículo 121 *“que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad merito o conveniencia, no generara derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”*.

A su vez mediante la reciente ley de responsabilidad del Estado, Ley n° 26.944 aplicable al Estado Nacional, se amplió al ámbito extracontractual de la responsabilidad por actividad lícita la postura restrictiva, que en tales supuestos excluye de los rubros indemnizatorios al lucro cesante.

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires, las normas vinculadas a la contratación administrativa de la Provincia de Buenos Aires, sostienen idéntica solución normativa en el artículo de la Ley N° 13.981⁶⁴, al excluir la indemnización del lucro cesante.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, lo referido a la responsabilidad extracontractual por actividad lícita de la administración, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, del carácter eminentemente local de la materia, y de la aparente imposibilidad que establece dicho cuerpo normativo en torno a la aplicación de las normas civiles a los casos de responsabilidad del estado, queda abierta la posibilidad para que el legislador local establezca los criterios que van a definir los casos de responsabilidad extracontractual a nivel provincial.

Por un lado, y sin perjuicio de algunas iniciativas legislativas en torno a regular la responsabilidad del Estado provincial en el ámbito del derecho público, lo cierto es que actualmente no existe actualmente una ley a nivel provincial, de igual tenor que la sancionada a nivel federal. Si podemos mencionar los criterios plasmados en el actual anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado elaborado por el Poder Ejecutivo Provincial se enrola en la postura restrictiva en torno al alcance de la indemnización por actividad lícita del Estado, al establecer en su artículo séptimo que *“La responsabilidad del Estado por actividad legítima, es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad*

⁶³ B.O 14/06/2012

⁶⁴ B.O 27/04/2009



*legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ni ganancias hipotéticas...*⁶⁵

Ello implica, tal como analizaremos, apartarse parcialmente del criterio que ha delineado y consolidado la jurisprudencia actual de la Suprema Corte Provincial en torno al tópico en análisis⁶⁶.

3.4.2 La postura de la compensación integral

Mientras tanto otro sector de la doctrina ha propugnado el reconocimiento de una indemnización integral que comprenda además del daño emergente el lucro cesante, amparado por el derecho de propiedad que contempla y garantiza la Constitución Nacional en sus artículos 14 y 17.

Al respecto, los doctrinarios que se enrolan en esta corriente (Barra⁶⁷, Tawil, Bercaitz⁶⁸, Bianchi⁶⁹, Cassagne⁷⁰, Mertehikian⁷¹, Botassi⁷², Galli Basualdo⁷³, Perrino⁷⁴) sostienen que la inexistencia de un texto legal expreso que fijara la extensión del *quantum* indemnizatorio, no autorizaba a acudir a los principios del instituto de la expropiación para hacer una aplicación analógica y extensiva y, fundamentalmente restrictiva de derechos, que solo contemplara el resarcimiento del daño emergente, marginando el lucro cesante.

⁶⁵ <https://agendaparticipativa.gba.gov.ar/anteproyecto de Ley de Responsabilidad del Estado>.

⁶⁶ SCBA B 53.501 29/08/2018 "*Bingomar S.A. contra Municipalidad de Villa Gesell. Demanda contencioso administrativa*", en donde para resolver la cuestión se cita a los precedentes que fueron estableciendo los criterios jurisprudenciales en torno al daño, la extensión del resarcimiento, etc.

⁶⁷ BARRA, Rodolfo Carlos. "*Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*". ED-122-861.

⁶⁸ BERCAITZ, Miguel A. "*Teoría general de los contratos administrativos*". 2° Ed. Depalma Bs. As 1980 ps.502/503.

⁶⁹ BIANCHI Alberto B. "*Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado*". ED 111-550. "*Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa*". Revista RAP - N° 248- Doctrina, mayo 1999.

⁷⁰ Cassagne, Juan Carlos. "*El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado, ¿justicia conmutativa o distributiva?*" Revista Jurídica Argentina La Ley. 14/9/2015, 1 ss.

⁷¹ MERTEHIKIAN, Eduardo. "*La responsabilidad pública*". Abaco Bs.As 2001, p.131y ss.

⁷² BOTASSI, Carlos A. "*Contratos de la Administración Provincial*". Scotti, Editora, La Plata, 1996.

⁷³ GALLI BASUALDO, Martín. "*El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima*". La Ley 2014-B-672.

⁷⁴ Perrino, Pablo Esteban. "*La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y comercial. Ley 26.944 comentada*". La Ley 2015.

Asimismo, afirman que existen diferencias sustanciales entre el instituto expropiatorio y los casos de los perjuicios causados por la actividad lícita estatal. En efecto, la expropiación esta munida de un conjunto de garantías- intervención previa del legislador, pago de indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, que están ausentes en los casos de responsabilidad del estado por actividad lícita.

Dentro de esta corriente, Tawil⁷⁵ afirma que la discusión se da en la posición que debe adoptarse en los casos de aparente silencio del legislador como los casos referidos por la Corte en supuestos tan diversos como en “*Sánchez Granel*”, “*Corporación Inversora Los Pinos*” “*Cantón*” o “*Motor Once*”. Al respecto, agrega que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que el silencio no impide que, aplicando los principios de las normas positivas, se resuelva el alcance de la indemnización por vía de la analogía o de la índole del derecho cuya reparación se solicita.

Sobre el punto, discrepa el autor, al sostener que no existe tal pretendido silencio, y sostiene que “...*la inexistencia de una norma expresa que recepte la responsabilidad del Estado por su actividad lícita-ya que no consideramos ni al art.18 de la ley 19.549, ni al régimen expropiatorio como esa norma general, sino como supuestos específicos de responsabilidad- no impide fundar la responsabilidad estatal directamente de los arts.14, 16, 17, 19, 28 y 116 CN.*” Mientras tanto agrega que “*Idéntico principio se ha visto ratificado en el art.21 de inc 2° Convención Americana de Derechos Humanos, al establecer ella que “...ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.*

En consecuencia, en base a ese origen constitucional directo que invoca, estima que no corresponde la aplicación directa o analógica de las normas de la ley de expropiaciones.

Los partidarios de esta corriente coinciden en que, si bien el artículo 17 de la Constitución Nacional prevé limitaciones a la propiedad privada, al

⁷⁵ TAWIL, Guido Santiago. “*Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de los contratos por razones de interés público*”. En: Estudios de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo Perrot, 2012. Pág. 455.



contemplar el instituto de la expropiación, de naturaleza restrictiva; lo hace bajo ciertos requisitos que son estrictos y bajo un procedimiento a seguir. De manera tal que la expropiación que no cumple tales requisitos no será expropiación en los términos del constituyente.

Por esto estiman que asimilar sin más el régimen de responsabilidad estatal por actividad lícita con el supuesto expropiatorio, importaría en la práctica admitir la expropiación por simple acto de la administración, sin cumplir los requisitos exigidos por el texto constitucional para la expropiación, y ausentes en los restantes supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita.

Al respecto Barra sostiene que la expropiación no es la regla ni el género, sino solo una especie de la institución genérica “responsabilidad del Estado”. El género es la obligación del Estado de responder ante daños que cause en los administrados fundada en razones de justicia distributiva, que contiene a muchas y variadas especies, siendo lo que importa en el instituto analizado la lesión antijurídica, refiriéndose así a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Teniendo en cuenta que no hay título jurídico que nos obligue a soportar el lucro cesante, como si ocurre en la expropiación, estamos en el supuesto genérico de la responsabilidad Estatal y no el supuesto específico de la expropiación.

En similar sentido, Mertehikian⁷⁶, sostiene que la solución que propicia la reparación plena se impone por la sencilla razón de que a falta de texto legal expreso que establezca una restricción a los derechos del damnificado a obtener una reparación integral por las consecuencias inmediatas y necesarias del obrar lícito, no cabe realizar una aplicación general por vía de extensión analógica de soluciones previstas para casos especiales.

A su vez, Bianchi⁷⁷, al comentar el fallo “*Sánchez Granel*”, se adelantó de alguna manera postura de la Corte en los fallos “*Juncalan Forestal Agropecuaria S.A*” y “*El Jacaranda*”, y sostuvo que las directrices plasmadas en dicho precedente podían extenderse a los casos de actos administrativos unilaterales cuya revocación podía frustrar la obtención de alguna ganancia al administrado

⁷⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo. “La responsabilidad pública”. Ob.cit. página 131 y sigtes.

⁷⁷ BIANCHI Alberto B. “*Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado*”. Ob. Cit. Pág. 550.

ya que no estaría en discusión la unilateralidad o bilateralidad del instituto sino una cuestión de responsabilidad del Estado, que no justificaba aplicar una diferencia de régimen y efectos jurídicos.

Por su parte, Cassagne⁷⁸ entiende que lo que está en juego es el principio de intangibilidad del patrimonio e igualdad de las cargas públicas ya que si en ciertas ocasiones el lucro cesante no se asimila al daño emergente se darían supuestos de verdaderos despojos. En ese orden de ideas, para evitar tales despojos propone indemnizar el lucro cesante resarcible- asimilable al daño emergente-el cual se refiere a la posibilidad cierta y suficientemente probada y asegurada de beneficios (según naturaleza del bien o derecho de que se trata) que, en realidad, se encuentran incorporados al patrimonio de una persona. En conclusión, el criterio para medir la extensión de la indemnización responde al mandato constitucional y legal de reparar la disminución patrimonial que sufre el valor objetivo del bien o derecho por razones de utilidad pública, que – en cada caso- puede estar representado tanto por el daño emergente como por el lucro cesante incorporado al patrimonio, convirtiéndose en un valor objetivo indemnizable, ya sea de acuerdo con la evolución normal u ordinaria de los acontecimientos, con una valoración ponderada o prudencial o mediante la utilización de ratios de proporcionalidad.

Por eso, concluyen que la constitución al sostener la inviolabilidad de la propiedad, consagra el principio conocido como *restitutio in integrum*.

Aclara Tawil que distinto sería el caso que la limitación a la compensación estuviese consagrada por un contrato o por el legislador, en una ley formal, (tal como algunas de las normas antes citadas), puesto que en esos casos se daría la hipótesis prevista por el constituyente de la sentencia fundada en ley. Deberá tratarse de una ley formal, dictada específicamente para tales supuestos, y no de la aplicación analógica o directa de otras normas.

Esta postura fue receptada por el tribunal cimero en la sentencia recaída en el caso “*Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SACIFI v. Dirección Nacional de Vialidad*”, de fecha 20/09/1984, en el cual la Corte trató el supuesto

⁷⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. “*Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*”. LA LEY, 2000-D, 1219.



de una extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública, antes que este tuviera ejecución, por motivos fundados en criterios de oportunidad, merito o conveniencia, es decir en razón del interés público. En este precedente la Corte, por mayoría, admitió la reparación del lucro cesante, con sustento en los siguientes argumentos:

1) La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, otorga, a favor del damnificado y en razón del mencionado principio, el derecho a una indemnización plena. Dicho precepto solo acepta excepciones fundadas en razones de fuerza mayor, estipulaciones contractuales o expresas disposiciones legales, que en el caso no se configuran (*Considerando 6°*).

2) No se opone a la solución propiciada el artículo 18 de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues al no aclarar cuál es el alcance de la indemnización de perjuicios “funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición” a la luz del principio enunciado en a) (*Considerando 7°*).

3) La extensión analógica de las pautas brindadas por la ley de expropiaciones -que vedan la reparación del lucro cesante- es improcedente, dado que esta supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio (*Considerando 8°*).

4) No existían, en el caso razones de fuerza mayor como excusa para oponerse al pago de indemnizaciones, pues los inconvenientes de tipo económico financiero argüidos para rescindir el contrato no tienen el carácter de justificativos validos especialmente si se tiene en cuenta que la Administración no puede atribuirlos más que a si misma (*Considerando 9°*).

5) El lucro cesante debe ser establecido con prudencia, atendiendo a factores tales como la situación económica por la que atravesaba el país al momento de la rescisión, por lo que no considera inadecuado “*recurrir, por analogía, a la norma del artículo 1638 del Código Civil, cuya última parte faculta a los jueces a establecer esa utilidad apreciándola con equidad*” (*Considerando 12°*).

Por último, en abono de la tesis de la reparación integral sus partidarios traen a colación algunos antecedentes de derecho comparado, vinculados a la

responsabilidad por la revocación de contratos por cuestiones de interés público en donde el alcance de la indemnización resulta ser amplio. Sobre el tópico Perrino, señala que en Francia cuando la administración resuelve unilateralmente un contrato por razones de interés general debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante⁷⁹.

3.4.3 La cuestión en el derecho comparado

Señala Cassagne⁸⁰ que en casi todos los derechos comparados, aun aquellos como el Italiano que distingue entre indemnización y responsabilidad rige el principio de la reparación integral, que obliga al Estado, sea por su responsabilidad derivada de su actuación u omisión lícita o ilícita, al resarcimiento de los perjuicios, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante.

Al respecto, dada la influencia que han tenido en los sistemas iberoamericanos, de la responsabilidad del estado haremos alguna referencia al alcance de la reparación en la responsabilidad del Estado de los ordenamientos jurídicos francés y español.

3.4.3.1 El sistema Francés.

En el derecho administrativo francés, la responsabilidad del Estado se construyó a partir de la labor de la jurisprudencia y del aporte doctrinario, y se edificó con reglas propias distintas de las del código civil. En ese sentido la intervención del legislador en la materia no ha tenido la relevancia de las fuentes antes citadas.

El sistema se sustenta sobre la idea de falta, pero no en el sentido tradicional de culpa, se trata de una falta objetivada, de una falta de servicio mismo, que no es necesario, ni aun siendo posible, individualizar el funcionario

⁷⁹ Ampliar en Perrino, Pablo Esteban. *“El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado.”* Cuestiones de contratos administrativos. Buenos Aires. Ediciones Rap 2007, pp. 353-369.

⁸⁰ CASSAGNE, Juan C. *“Panorama de la responsabilidad Estatal en el derecho comparado”*. El Derecho – Revista de Derecho Administrativo. Tomo 2019. 02/09/2019. Cita digital EDCCLXXVII-963.



autor del hecho dañoso⁸¹. Sin embargo, y a pesar de la relevancia del concepto de falta de servicio, el sistema francés de responsabilidad del Estado, resulta ser un sistema mixto que combina la responsabilidad del Estado con la del funcionario, es decir que admite la concurrencia de ambas responsabilidades.⁸²

A la par de del derecho común de la responsabilidad así construido, existen una serie de regímenes particulares los que son extraños a toda idea de falta y en los que la responsabilidad de la administración queda comprometida, desde que se aprecia la existencia de un daño cierto imputable a la misma, sea por el riesgo (creado o del provecho obtenido), o por la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, siempre que el perjuicio tenga carácter especial y anormal en relación a las cargas generales que impone la convivencia social.

En cuanto a los regímenes particulares de responsabilidad objetivos, que reposan sobre la idea de ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, básicamente existen en el derecho francés dos órdenes de materias: a) los daños provenientes de las obras publicas y b) a las decisiones de autoridad (actos administrativos individuales, tal como el criterio plasmado en “*Couiteas*”);

Entre ellos que existen distintos regímenes especiales de responsabilidad regulados por textos legales concretos de los que el más importante es el relativo a los daños permanentes o accidentales causados por las obras públicas en donde priman el riesgo y la falta.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la reparación el sistema Francés, adscribe como regla general al principio de la reparación integral, y establece excepciones al mismo mediante limitaciones dispuestas por el legislador o en virtud de principios jurisprudenciales.⁸³

⁸¹ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Compilador. Colaboradores: Oriol Mir Puigpelat, José Luis Valdivia, Juan Carlos Ferrada B., Alberto Elgassi, José Roldan Xopa. “*La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Francia*”. Editorial Porrúa. Instituto Tecnológico Autónomo de México 2004

⁸² CASSAGNE, Juan Carlos. “*Panorama de la responsabilidad Estatal en el derecho comparado*”. ob. cit. Cita digital EDCCLXXVII-963.

⁸³ TIFINE, Pierre. “*Droit Administratif Français*”. Tomo II. Editions Juridiques Franco- Allemandes (EJFA) Octubre 2020. <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/11/22/droit-administratif-francais-5eme-edition/>.

Una de las limitaciones legislativas al principio de la reparación integral es la establecida en el Código Urbanístico. Al respecto, explican *Bernard Frank Macera y María Yolanda Fernández García* ⁸⁴, que en el ordenamiento francés los derechos indemnizatorios de los particulares resultan enmarcados en dos instituciones básicas tales como la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En Francia la expropiación tiene por objeto esencialmente la transferencia forzosa de la propiedad de los bienes inmuebles, razón por la cual mayoría de la doctrina, y de forma unánime la jurisprudencia entienden que las servidumbres urbanísticas no constituyen una manifestación del fenómeno ablatorio de la expropiación. En consecuencia, los demás sacrificios que se imponen a la propiedad salvo aquellas restricciones que conduzcan a desnaturalizar o vaciar de contenido dicho derecho se encuadran en el sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Así las simples limitaciones a la propiedad (categoría interpretada de manera amplia) no se asimilan a los supuestos expropiatorios (interpretados de manera restrictiva).

En ese orden de ideas, el derecho urbanístico francés consagra el principio general de la no indemnizabilidad de las servidumbres administrativas⁸⁵ conforme el art.L-160-5 Código de Urbanismo⁸⁶, a menos que se demuestre una actuación ilícita de la administración⁸⁷. Ello es así en razón de que el urbanismo

⁸⁴ BERNARD-FRANC MACERA Y MARÍA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA. “*Introducción al sistema de responsabilidad administrativa en materia de urbanismo en el derecho francés*”. Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Practica. V.53 julio/septiembre de 2005, pág. 299.Lexis Nexis Argentina, 2005.

⁸⁵ Se cita la sentencia del Consejo de Estado del 26/7/1985, “*Joly, Daniel v. Ministre de l’Urbanisme et du Logement*” donde se desestimó la acción resarcitoria presentada por un administrado por los perjuicios causados por la imposibilidad de parcelar sus terrenos como consecuencia de una revisión del planeamiento. Dicho administrado luego de haber logrado la anulación de un acto ilegal de denegación de una licencia de parcelación, reitero su solicitud y, de nuevo se le notifico una decisión denegatoria, esta vez fundamentada en la apropiación durante el periodo transcurrido entre las dos solicitudes- de un nuevo plan que transformaba los terrenos en cuestión en zona natural.

⁸⁶Art.L160-5 Código de Urbanismo Francés: “ *No darán derecho a indemnización las servidumbres que se establezcan en aplicación del presente código en materia de viales, higiene, o estética o en otros ámbitos, y relativas, en particular, a la utilización del suelo, la altura de las edificaciones, la proporción entre las superficies construidas, y las no construidas en cada parcela, la prohibición de edificar en determinadas zonas, y a los lados de determinadas vías, la distribución de los inmuebles entre las diversas zonas...*”

⁸⁷ Consejo de Estado del 15/12/1989 “*Ministre de l’ Urbanisme, du Logement et des Transports v. Epoux Mazin*”, Droit Administratif, nro 133, 1990, y del 8/01/1993, “*Societe Compagnie Fermiere et Fonciere de Font – Romeu*”, Droit Administratif, nro 91, 1993.



en tanto actividad de interés general implica que los ciudadanos hayan de soportar ciertos inconvenientes, más allá de las cargas financieras sobre el erario público. De manera que el principio es que los propietarios no pueden obtener una reparación por la pérdida de valor sufrida en su patrimonio inmobiliario, incluso cuando esta resulta de una prohibición de edificar, supuesto que no ha quedado exento de críticas⁸⁸.

Ahora bien, más allá de la regla de la no indemnizabilidad de las servidumbres administrativas, existen excepciones a la regla previstas tanto por el mismo código de urbanismo como por la jurisprudencia contencioso administrativa francesa en donde se reconoce el derecho a la indemnización. El mismo código de urbanismo, reconoce la indemnización cuando la servidumbre lesiona derechos adquiridos o conduce a una modificación del estado anterior de los lugares dando lugar a un daño cierto, material y directo. En principio, se trata de casos en donde existe un derecho adquirido vulnerado, y en general dependen de la existencia previa de un acto administrativo. Situaciones que están muy cerca del fenómeno expropiatorio.

Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa francesa, ha ido delineando supuestos en los que reconoce indemnización aplicando al sistema urbanístico los principios generales del sistema de responsabilidad administrativa establecidos desde antaño a partir del arret "*Blanco*". Entre dichos

⁸⁸ Así parte de la doctrina Francesa considera que la no indemnizabilidad de las servidumbres de no edificar traen aparejada una violación de la garantía del derecho de propiedad y su incompatibilidad con el principio de igualdad y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, toda vez que sostienen que mediante la Decisión del Conseil Constitutionnel Nro 85-198-DC del 13/12/1985 luego de destacar la diferencia entre limitación y privación de la propiedad dejó abierta la puerta para indemnizar aquellas restricciones que conducen a desnaturalizar o vaciar de contenido el derecho de propiedad. Ahora bien, lo cierto es que el Conseil Constitutionnel considera que las servidumbres urbanísticas no forman parte de las cargas capaces de privar de contenido o desnaturalizar el derecho de propiedad si están justificadas en el interés general y si la restricción es limitada y acompañada de garantías de fondo y forma. Asimismo, otros autores sostienen que el principio sería inconstitucional por violar el principio de igualdad ante las cargas públicas. Finalmente, otros autores sostienen una tercer postura tomando como punto de partida la sentencia "*M. Bitouzet del 3/7/1998*" del Consejo de Estado en virtud de la cual entienden que no existe incompatibilidad entre el art.L160-5 del Código de Urbanismo y el art.1° del Protocolo Adicional al Convenio Europeo, pues en dicho pronunciamiento se sostuvo que la regla de la no indemnizabilidad no representaba un obstáculo para que se pudiera reconocer un derecho a ser indemnizado al propietario que sufra una carga especial, exorbitante y desproporcionada en relación al objetivo de interés público que pretende lograr mediante dicha servidumbre.

supuestos existen casos de ilegalidades, errores de apreciación o funcionamiento defectuoso de servicios administrativos, mientras que los casos de responsabilidad sin falta resultan escasos⁸⁹.

Los casos de responsabilidad sin falta del derecho francés en materia urbanística, son examinados con criterio restrictivo, y la reparación no siempre cubre la integridad del daño sufrido.

Por último, cabe señalar que en cuanto al alcance de la reparación en el ámbito contractual por la revocación de contratos administrativos por razones de interés público, el sistema francés reconoce la indemnización del daño emergente y del lucro cesante⁹⁰.

3.4.3.2 El Sistema Español

El ordenamiento jurídico español, encuentra como antecedente contemporáneo más relevante en torno a la responsabilidad estatal la ley de expropiación forzosa (LEF) de 1954, pasando luego por los aportes introducidos por la LRJAE (Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, para finalmente terminar de receptor el instituto en la Constitución Española del año 1978 en su art.106.2 CE.

Al respecto la LEF, no solo contemplo la indemnización por expropiación forzosa, sino que también incluyo la indemnización por otros supuestos de actividad administrativa generadores de daño, que implicaran una lesión individualizada de contenido patrimonial sin llegar al despojo por razones de interés general, de modo que el fondo común que unifico sistemáticamente ambas instituciones (expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la administración) fue la lesión patrimonial al administrado por el actuar de la administración.

A su turno, la Constitución Española de 1978 recogió estas ideas y las plasmo en su cláusula general del art.106.2 en los siguientes términos “los

⁸⁹ BERNARD-FRANC MACERA Y MARÍA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA. *“Introducción al sistema de responsabilidad administrativa en materia de urbanismo en el derecho francés”*. Ob.cit.

⁹⁰DE LAUBADERE, André Moderne, FRANK- DEVOLVE, Pierre *“Traite des contracts administratifs”*, 2eme.edition LGDJ 1984, p.734et. Seq; Laurent Richer, *“Manuel Droit des Contrats administrates”*, Paris LGDJ 1995, pp.188/189.Tal como cita Perrino Pablo E. en *“El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de Contratos Administrativos por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado”*.



particulares en los términos establecidos por la ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Dicho concepto fue precisado por la legislación en el sentido de que el derecho a ser indemnizado comprendía *tanto el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos entendido por este concepto toda la actividad de las administraciones públicas*.

Actualmente, la responsabilidad del Estado en España se rige por las leyes 39/2015 LPAC (Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Publicas y de Procedimiento Administrativo Común) y 40/2015, Ley de Régimen jurídico del Sector Publico (LRJSP).

La responsabilidad de la administración es directa y objetiva, prescinde del elemento tradicional de ilicitud o culpa, basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar sin que requiera otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño.

De esta manera, el fundamento de la responsabilidad se desplaza de la tradicional idea de acción del sujeto responsable y la noción de culpa a la del patrimonio de la persona lesionada, reposa así sobre el principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado, para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, ante una lesión patrimonial, es la lesión patrimonial el basamento del sistema.

Para que exista lesión resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sea antijurídico⁹¹ no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, como sostiene el art.34.1 (LRJSP).

⁹¹GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas." *Curso de Derecho Administrativo*" T.II", pág 372/373. Aclara que "La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica del efecto de la acción administrativa no de la actuación del agente de la administración causante material del daño a partir del principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos, en tanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate".

En cuanto a la extensión del daño a reparar⁹² el principio es que la indemnización debe dejar indemne a la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que el daño le causo en el patrimonio y debe restituir en su pleno valor anterior al suceso dañoso⁹³, debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos en *“cualquiera de sus bienes o derechos”* conforme el art.32.1 LRJSP. Así entre los perjuicios indemnizables ha de incluirse los daños, personales e incluso morales, y entre los patrimoniales incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, respecto del cual la jurisprudencia se ha encargado de aclarar que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que tengan valor las dudosas y contingentes.

Por último, y a diferencia del régimen francés, el derecho administrativo Español, es más amplio cuanto a la responsabilidad patrimonial en el campo de las limitaciones urbanísticas⁹⁴, así el Real Decreto Legislativo N° 2/2008 en su Título IV, artículo 35 ⁹⁵ establece los supuestos que dan lugar a indemnización,

⁹² ARCEO, JUAN RAPOSO. *“La Responsabilidad de la Administración en el ámbito Urbanístico Español”*. Revista RAP Año XXXI N° 370, Julio de 2009. XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La Responsabilidad en el ámbito del Derecho Público. Al respecto el auto señala que: *“la ley no regula los requisitos de la Responsabilidad Patrimonial, pero los mismos aparecen fijados en una consolidada doctrina jurisprudencial, de la que citaremos (por todas) la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3°, Secc. 6, del 25 de febrero de 1998, que establece en su fundamento noveno como requisitos los siguientes: a)El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.*

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la administración implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado”

⁹³ ALCUBILLA, Enrique Arnaldo; VILLAVERDE, Rafael Fernández, *“Jurisdicción Contencioso Administrativa (Comentarios a la ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)”*. 3° Edición. Ed. La ley/ El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2007. Al respecto los autores mencionan que el Tribunal Supremo alude a la necesidad de pagar un valor de reposición o sustitución y así en el auto de fecha 3 de febrero de 1984, concreta que en el caso de la demolición de una casa, consistiría en la *“cantidad necesaria para la edificación del demolido inmueble con características semejantes en categoría, superficie y situación”* según un *“criterio realista y ajustado a las circunstancias de lugar, tiempo, y tipo de construcción”*, a lo que habría que añadirle los beneficios perdidos y los intereses por la demora.

⁹⁴ ARCEO, Juan Raposo. *“La Responsabilidad de la Administración en el ámbito Urbanístico Español”* ob cit., pág. 305.

⁹⁵ Real Decreto Legislativo 2/2008 del 20/06/2008, Título IV. Artículo 35:

” a) La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial



entre los cuales interesa destacar el ocasionado por restricciones a la edificabilidad, a diferencia de lo señalado en el régimen Francés.

Del análisis de estas parcelas de la responsabilidad por actividad lícita tratadas por el derecho comparado Francés y Español podemos concluir que aun cuando el principio rector en cuanto a la extensión del resarcimiento es la reparación integral, estos ordenamientos prevén criterios legislativos por los cuales ciertas actividades vinculadas a las limitaciones de edificación o servidumbres urbanísticas quedan al margen de cualquier reparación por actividad lícita, tal el caso del derecho Francés; mientras que adoptando un criterio más amplio de acuerdo al derecho Español las mismas merecen una mejor recepción en cuanto a la indemnizabilidad.

A su vez, se establece un límite infranqueable a la indemnizabilidad que es la afectación que desnaturaliza el derecho de propiedad, en el caso de las servidumbres o restricciones a la edificación por motivos de índole urbanística, lo que en definitiva resulta en situaciones casi idénticas con una expropiación y con indemnizaciones limitadas que no cubren la integridad del daño, tal el caso del derecho Francés, que presenta criterios similares a los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, que en una primera etapa de su labor jurisprudencial resulto partidaria de la postura restrictiva en torno al alcance de la indemnización, salvo que la negativa a reconocer el lucro cesante

responsabilidades urbanísticas o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o transcurridos estos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la administración. Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida e dicha situación durante su vida útil.

b) *Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa.*

c) *La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística.*

d) *La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente.*

e) *La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el periodo de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el artículo 112 de la ley de expropiación forzosa”.*

derivara en una desnaturalización o despojo del derecho de propiedad afectado por la actividad lícita del Estado⁹⁶.

Por su parte, también se advierte un margen de regulación legislativa estadual capaz de configurar, como principio, la no indemnizabilidad de las servidumbres urbanísticas como el caso del Derecho administrativo Francés, por dicha actividad lícita, más allá del andamiaje jurídico establecido por las normas supranacionales a nivel Europeo, matizado por el criterio sentado por el Consejo de Estado según el cual ese criterio legislativo no era óbice a reconocer la indemnización ante una carga exorbitante sobre el derecho del particular en relación al interés público perseguido.

4. EVOLUCION DEL ALCANCE DE LA REPARACION EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LICITA EN EL AMBITO NACIONAL.

4.1 El alcance de la reparación en la jurisprudencia de la CSJN y la Cámara Contencioso Administrativo Federal. El lucro cesante.

En relación con los casos de daños vinculados al accionar en el ámbito extracontractual, cabe en primer término analizar los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de justicia de la Nación en torno al alcance de la reparación ante la afectación de derechos patrimoniales por la actividad legítima del Estado, para luego hacer referencia a los casos de afectación de derechos extra-patrimoniales.

4.1.1 Afectación de derechos patrimoniales.

Al respecto, la Corte Nacional, en una primera etapa, aplicó la postura restrictiva y solo admitió la indemnización del daño emergente, sin reconocer el lucro cesante.

En el caso "*Laplacette, Juan y otros c. Pcia de Buenos Aires*"⁹⁷ en el año 1943, vinculado a un reclamo de daños y perjuicios ocasionado como

⁹⁶ Tal como veremos al analizar el Voto del Dr. Baque en el caso "*Juncalan Forestal*" de Fallos 312:2266.

⁹⁷ Fallos 195:66



consecuencia de inundaciones de un campo causadas por obras realizadas por la Provincia de Buenos Aires, la Corte Nacional aplicó por analogía la ley de expropiaciones a fin de fijar el alcance de la indemnización, limitándola al daño emergente.

A su vez, idéntico temperamento adoptó al resolver el caso “*Corporación Inversora Los Pinos S.A c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”⁹⁸ en el año 1975, en donde se trató la revocación por razones de oportunidad merito o conveniencia, de lo que considero un “*permiso o autorización precaria*” (consid.18) extendido por la Municipalidad de Buenos Aires para el funcionamiento de un hotel alojamiento.

Sin embargo, el tribunal sostuvo que la habilitación de un inmueble de propiedad privada para el desarrollo de la actividad como hotel alojamiento no debía interpretarse como un permiso sobre bienes del dominio público de carácter precario, sino como restricciones del dominio privado en razón de intereses públicos, contempladas por el código de Edificación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

El fundamento dado por el tribunal para otorgar la indemnización fue el art.18 de la LNPA, mientras que a la hora de establecer el daño resarcible la Corte expresó que ante la inexistencia de un texto expreso que estableciera un criterio determinado, debía recurrirse a las pautas de los arts.11 y 12 ley 13.064 y 907 del entonces vigente Código Civil de Vélez Sarsfield.

De este modo, el tribunal cintero estimó que en el caso el sacrificio del interés particular en beneficio del interés público no implicó un acrecentamiento del patrimonio de la Administración, razón por la cual solo vino a resultar atendible el interés negativo, que limitaba el resarcimiento de los daños a aquellos que fueran consecuencia, directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluía todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante).

Posteriormente, durante el año 1979, la Corte Nacional resolvió el caso “*Cantón Mario Elbio c/ Gobierno Nacional*”⁹⁹, en el que el actor había

⁹⁸ Fallos 293:617

⁹⁹ Fallos 301:403

demandado al Estado al considerar que el Decreto 2118/71 que había prohibido la importación de determinados productos, era nulo por inconstitucional, al afectar un contrato de crédito documentado que había sido concluido y pagado con anterioridad al dictado del mismo, al tiempo que solicito la reparación del daño.

El tribunal sostuvo, que, si bien la norma cuestionada era legítima, que se trataba de una medida de política económica en defensa de la industria nacional, correspondía hacer lugar a la responsabilidad por actividad lícita.

Para establecer el alcance indemnizatorio y ante la falta norma expresa que zanjara en asunto considero que la reparación debía atender al modo de responder establecido en instituciones análogas, para concluir que la expropiación era la que mayor semejanza guardaba con el caso, razón por la cual aplico el art.10 de la ley 21.499 de expropiaciones que admitía que la reparación solo comprendiera del daño emergente.

Ahora bien, esta línea de fallos que en torno al alcance de la reparación de la actividad extracontractual lícita de la administración que se enrolaron en la postura de la fuerza expansiva de la expropiación, y limitaron la indemnización al daño emergente se ve interrumpida con el precedente recaído en *“Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SACIFI v. Dirección Nacional de Vialidad”*¹⁰⁰ del 20/10/1984, donde al tratar la revocación de un contrato administrativo por razones de interés público, el máximo tribunal reconoció la postura de la indemnización plena comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, con sustento en el voto de la mayoría de los ministros de la Corte (Carrio, Belluscio y Petracchi) que rechazo la aplicación analógica de las pautas de la ley de expropiaciones que limitan el lucro cesante, por considerar que ello implicaba una restricción constitucional del derecho de propiedad.

Sin embargo, al momento de fijar la reparación del lucro cesante con prudencia, y a tales efectos aplico de manera analógica el artículo 1638 del entonces vigente Código Civil, que facultaba a los jueces a establecer esa utilidad con equidad.

¹⁰⁰ Fallos 306:1409



Por su parte, el voto minoritario (Caballero y Fayt), considero que no era admisible el lucro cesante¹⁰¹.

A su turno, la corte vuelve a expedirse sobre el alcance de la reparación ante supuestos de actividad lícita del Estado, en el campo extracontractual, en el caso “*Motor Once S.A.C.I c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*” ¹⁰² de fecha 9/05/1989, en donde la postura restrictiva de la teoría de la fuerza expansiva de la expropiación quedó expuesta en el dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. María G. Reiriz, al cual la Corte Suprema adhirió, salvo el voto del ministro Petracchi.

La actora resultaba propietaria de una estación y edificio construidos y funcionando con autorización municipal, planteo la nulidad de la ordenanza que, al modificar las disposiciones sobre seguridad en materia de incendios, prohibió destinar a vivienda los pisos superiores de las edificaciones donde se emplazaban estaciones de expendio de combustibles. A su vez, prohibió, mediante ordenanza el cese de la venta de combustibles en dicha estación de servicio.

En lo sustancial la procuradora fiscal argumento que en el caso de autos se debatía un acto imperativo en el marco de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad del municipio, y razón por la cual quedó enmarcado en la responsabilidad lícita del Estado. Asimismo, considero que el alcance de la indemnización no estaba previsto normativamente, y por ello para establecer ese aspecto debía recurrirse a los principios de normas análogas, siendo en el caso, debiendo buscarse la solución en los principios de derecho público y llegando a la conclusión que la norma

¹⁰¹ El voto minoritario de los Ministros Caballero y Fayt fundamentó la postura restrictiva de la indemnización, en que los daños por el accionar administrativo se rigen por principios propios del derecho público, y no por el derecho civil. De modo que la revocación del contrato por razones de oportunidad merito o conveniencia resultó un actuar lícito de la administración, y al no existir normas que en tal caso prevean el alcance de la reparación, correspondía aplicar instituciones análogas que en el caso resulta ser la ley de obras públicas 13.064 que en ante modificaciones contractuales introducidas por la administración autoriza al contratista a rescindir unilateralmente, sin derecho a percibir suma alguna en carácter de “beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas” (Considerando 13°).

¹⁰² Fallos 312:649

aplicable era la ley de expropiaciones la cual guardaba mayor analogía con la revocación por oportunidad merito o conveniencia.

Al respecto sostuvo que dicha analogía se sustentaba en que por un lado la expropiación como el régimen de responsabilidad por actividad lícita se trataban de intromisiones legales autorizadas. A su vez, ambos institutos protegían la misma garantía constitucional de propiedad, existiendo también en ambos una finalidad de interés público.

Finalmente, considero que en el caso no había existido un pasaje de valores, propio de la expropiación, por lo cual no había enriquecimiento sin causa, sino solo un sacrificio especial que debía ser compensado, para lo cual era aplicable la indemnización prevista en el art.10 de la ley de expropiaciones, que solo admitía el daño emergente.

Por su parte, el voto del Dr. Petracchi, si bien reitero su postura favorable a la recepción del lucro cesante como lo había hecho en el precedente "*Sánchez Granel*", denegó el rubro toda vez que no se había probado la existencia de la imposibilidad de explotar económicamente el bien y con ello la existencia de ganancias dejadas de percibir.

A esta altura del análisis, cabe señalar un rasgo que se va a repetir en distintos precedentes de la Corte Suprema, y es el de aplicar en casos de responsabilidad extracontractual por actividad lícita ("*Juncalan Forestal*", "*El Jacaranda*") los argumentos dados en el marco de los casos de responsabilidad contractual lícita para conceder una reparación amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, como sucediera en el fallo "*Sánchez Granel*".

Posteriormente, nuestro máximo tribunal volvió a tratar un caso de responsabilidad del Estado por actividad lícita, ocasionado en el marco de distintos trabajos hidráulicos del estado provincial, para encauzar el Rio quinto, tendientes a evitar la inundación de zonas pobladas, pero que dieron lugar a la inundación de las tierras de propiedad del establecimiento de la actora en el caso "*Juncalan Forestal, Agropecuaria S.A v. Provincia de Buenos Aires*"¹⁰³ fallado el 23 de noviembre de 1989, que en cuanto a la extensión del daño reconoció la indemnización del lucro cesante. Ahora bien, sobre el punto el voto de los

¹⁰³ Fallos 312:2266



ministros Petracchi y Belluscio reitero en grandes líneas los argumentos vertidos en “*Sánchez Granel*”, y el principio de resarcimiento integral, haciendo énfasis que, dadas las particularidades del caso y los daños, casi toda la indemnización estaba conformada por el lucro cesante. A su turno, el voto del ministro Fayt, reiteró los argumentos esgrimidos en *Motor Once*, y analizó la aplicación analógica de los principios de la expropiación, para concluir que el instituto de la ocupación temporánea anormal era el que correspondía aplicar al caso, pero que debía indemnizarse el valor de uso del bien inmueble como en la ocupación temporánea normal, por el sacrificio desigual soportado por la actora, por la exclusión en el uso de su propiedad que se vio obligada a soportar, monto que debía calcularse sobre la base del valor locativo de la propiedad (consid.24 y 25).

Finalmente, cabe mencionar el voto del ministro Bacqué, que si bien rechazó como principio general la indemnización por lucro cesante en el obrar lícito estatal y reiteró los argumentos dados en “*Motor Once*”, estimó que dicho principio no podía aplicarse de manera mecánica, existiendo excepciones, como la del caso, en que “*la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad, pues significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad*” (consids.14 y 15).

Igual criterio siguió la Corte en torno al reconocimiento de la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante, calculado sobre estimaciones de productividad, en casos de daños por inundaciones de campos por aguas derivadas de obras hidráulicas realizadas por el Estado provincial, en los siguientes precedentes: “*Gómez Alzaga, Martín Bosco c. Provincia de Buenos Aires*”¹⁰⁴ del año 1982, *Pronar Sociedad Anónima Minera Industrial y Comercial c. Pcia de Buenos Aires*”¹⁰⁵ del año 1987, *Crotto Posse de Daireaux, Valeria y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Cobro sumario de pesos*”¹⁰⁶ 1988, “*Prada Ivan Roberto c. Buenos Aires Pcia de s/ Daños y*

¹⁰⁴ Fallos 304:674

¹⁰⁵ Fallos 310:637

¹⁰⁶ Fallos 311:233

*perjuicios*¹⁰⁷, *Cachau, Oscar Jose c. Bs As.Pcia de s/ Daños y perjuicios*¹⁰⁸, *“Discam S.A c. Bs. As Pcia de s/ daños y perjuicios”* y *“Don Santiago Sca .c Bs As. Pcia de s./ Daños y Perjuicios, “Pronar Sociedad Anónima Minera Industrial y Comercial c. Buenos Aires Pcia de s/ Daños y Perjuicios” de 1997, “Serenar S.A c/ Buenos Aires Provincia de s./ Daños y perjuicios”*¹⁰⁹.

El tema de la extensión del resarcimiento en la responsabilidad estatal por actividad lícita volvió a ser abordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con nuevos miembros, allá por el año 2005, en donde en tres pronunciamientos reitero, como principio, el resarcimiento del lucro cesante ante tales supuestos. Así fue que en la causa *“El Jacaranda S.A c/ Estado Nacional”*¹¹⁰ del 28 de julio de 2005, en la cual mediante una decisión del P.E.N se dejó sin efecto la adjudicación a el actor de una licencia de radiodifusión, el máximo tribunal volvió a analizar el tema de la extensión del resarcimiento en los casos de revocación de la adjudicación de una licencia, por razones de oportunidad, merito o conveniencia en los términos del art. 18 de la ley 19.549 y afirmó, tal como había sostenido en el fallo *“Sánchez Granel”* *“no hay ,como principio fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”*. Ahora bien, al analizar el material probatorio aportado en la causa la Corte concluyó que el demandante no había acreditado los daños por lucro cesante razón por la cual en ese aspecto la pretensión no prospero al sostener que *“no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la cámara sobre el punto”*. Por su parte, la Dra. Highton de Nolasco, fundó su disidencia, reafirmando los criterios del fallo Motor Once, en el sentido de que ante la ausencia de norma específica sobre el punto correspondía aplicar vía analógica la solución del art.10 de la ley nacional de expropiaciones que excluye de la indemnización al lucro cesante.

¹⁰⁷ Fallos 316:1465

¹⁰⁸ Fallos 316:1335

¹⁰⁹ Fallos 327:247

¹¹⁰ Fallos 328:2654



Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reitero el criterio expuesto en la causa “*El Jacaranda*”, en los autos “*Zonas Francas Santa Cruz S.A c/ Estado Nacional P.E.N Dto 1583/96 s / Daños y perjuicios*”¹¹¹, en donde el reclamo indemnizatorio se originó a raíz del dictado del Decreto 1583/96 por el cual el Poder Ejecutivo Nacional derogo el decreto 520/95 que autorizo la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las zonas francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. A raíz de ello la actora solicito la nulidad e inconstitucionalidad junto con los daños del decreto impugnado. Al respecto, tanto en primera instancia como en Cámara se le reconoció al actor la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, a raíz de la revocación por razones de interés público que implico el Decreto 520/95, sobre el fundamento del art.18 de la ley 19.549. Ahora bien, llegado el caso a la Corte, esta hizo lugar a los agravios del Estado Nacional relativos a que la sentencia de Cámara había dado por acreditados ciertos daños sobre afirmaciones dogmáticas y por ello revoco el fallo de Cámara y fijo una suma indemnizatoria menor, eliminando el rubro honorarios del daño emergente(los servicios englobados en este ítem no integraban los gastos normales y necesarios para el funcionamiento de la empresa y por otra parte la actora no acredito que las erogaciones enunciadas bajo el ítem honorarios guardaran nexo causal relevante con el obrar Estatal), y al considerar improcedente el lucro cesante, ante la prueba insuficiente aportada por la actora en dicho aspecto, a pesar de reiterar, como principio, el criterio favorable al reconocimiento del lucro cesante como tal como sostuviera en “*El Jacaranda*”.

Finalmente, ya en el año 2014, nuevamente la Corte se expidió sobre el tema en el fallo “*Malma Trading S.R.L c/ Estado Nacional- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ Proceso de conocimiento*”¹¹² del 15 de mayo de 2014, en el cual la actora una empresa importadora promovió demanda contra el Estado Nacional a fin de que este indemnizara los daños derivados de

¹¹¹ Fallos 332:1367

¹¹² Fallos 337:548. “*Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional Mº de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento*” M. 1378. XLVII. ROR15/05/2014.

la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La Corte dejó sin efecto la sentencia de cámara que, al revocar la de primera instancia había rechazado la totalidad del reclamo indemnizatorio (daño emergente y lucro cesante), y de este modo declaró procedente el daño emergente producto del accionar lícito del Estado. Al respecto el alto tribunal rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante al considerar que no se había acreditado que se tratara de perjuicios que constituyeran un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita, y en el cual la Dra. Highton reiteró el criterio por el cual rechazaba el lucro cesante en los casos de responsabilidad por su actuación legítima.

Por otra parte, cabe hacer referencia a las líneas jurisprudenciales trazadas en las sentencias de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, en algunas de las salas que la conforman, antes de la entrada en vigencia de la ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado, aplicable al Estado Nacional. Al respecto los pronunciamientos de las distintas salas de la citada Cámara, resultan de interés ya que, si bien a grandes trazos siguió los lineamientos de la Corte Nacional, cabe señalar que de acuerdo al criterio de sus salas se dictaron pronunciamientos que no siguieron estrictamente a los criterios del máximo tribunal, como veremos.

En primer término, se advierte que en algunos precedentes se entremezclan los argumentos sobre los cuales se sustenta el otorgamiento de una indemnización plena o restrictiva, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual, tal como evidencia el precedente de la Sala III en del 4/10/2005 en autos "*Construcciones Integradas Caenco S.A v/ Ferrocarriles Argentinos en liquidación*" que al hacer lugar al lucro cesante - de manera acotada, aplicando el art. 1638 del entonces vigente Código Civil, y solo en un 25% del objeto del llamado a licitación- en una revocación de contrato administrativo por razones de interés público, lo hizo con cita del fallo "*Juncalan Forestal Agropecuaria S.A*" que trató un caso de responsabilidad del Estado por ejercicio del poder de policía



legítimo, y no al precedente “*Sánchez Granel*”, aplicable a los casos de responsabilidad contractual por actividad lícita¹¹³.

En ese sentido, la Sala en mención, resulto proclive a conceder una indemnización abarcativa del lucro cesante en los casos de responsabilidad por actividad lícita en tanto mediara un contrato administrativo de obra pública; mientras que al abordar los supuestos de responsabilidad Estatal por actividad lícita de ejercicio del poder de policía- poder de policía cambiario- se inclinó por adoptar la postura restrictiva de la fuerza expansiva de los principios de la expropiación tendiente a excluir el lucro cesante, como en el caso “*Esterlina S.A s/ Quiebra v. Banco Central de la República Argentina*” del 20/04/1999.

Mientras tanto, la Sala II del mencionado tribunal, tanto en la esfera de la responsabilidad por actividad lícita vinculada a los contratos administrativos- “*Ingeniero Oscar A. Diez SAIC v. Agua y Energía S.E s/ Contrato de Obra Pública*” 16/12/1999 Causa 11.996-, como la relativa al ejercicio del poder de policía- “*García Melquiades P. v/ Estado Nacional del 9/04/2002*”-, el alcance de la indemnización resulto ser limitada al daño emergente.

Por último, la Sala V se ha inclinado por reconocer el derecho a una indemnización plena conforme lo resuelto en autos “*Bruglia, Oscar R. v/ Administración Nacional de Aduanas s/ empleo público*” 17/11/2004 y en “*Carral Stella M v./ Estado Nacional*” del 06/04/2005.

Llegados a este punto, podríamos afirmar que el ámbito federal, y ante la falta de una norma específica que regulara los aspectos de la responsabilidad del Estado en materia extracontractual en la afectación de derechos patrimoniales hasta el año 2005 al fallar el caso el “*Jacaranda*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en principio, podría afirmarse que se habría establecido como lineamiento general, que ante los casos de responsabilidad del estado por actividad lícita extracontractual, sería aplicable el criterio restrictivo en materia indemnizatoria recaído en el fallo “*Motor Once*”. Mientras tanto, al abordar los

¹¹³ PALACIOS, Mariano. “*El quantum de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Hacia una equilibrada y equitativa aplicación de los principios rectores al caso concreto*”. Nota al fallo CNAC. Cont. ADM FED, Sala III, 4/10/2005- Construcciones Integradas Caenco S.A v. Ferrocarriles Argentinos en liquidación. Revista Derecho Administrativo N° 56 Abril /junio2006.Ed Lexis Nexis Argentina 2006.Pag 485.

casos de responsabilidad por actividad lícita en el campo contractual, sería aplicable la corriente que postula el reconocimiento de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, de acuerdo al precedente *“Eduardo Sánchez Granel”*.

Ahora bien, esta es la impresión que se advierte a primera vista de acuerdo a estos grandes lineamientos. Sin embargo, la realidad es que la Corte no había definido un criterio como el señalado, toda vez que en más de una oportunidad extendió los fundamentos de casos fallados en casos de responsabilidad por actividad lícita contractual, (*“Sánchez Granel”*) al ámbito extracontractual, (*“Juncalan Forestal”*, *“El Jacaranda”*) para conceder una indemnización integral; o bien, de manera inversa extendió los fundamentos de la postura restrictiva recaídos en casos de responsabilidad extracontractual a casos de responsabilidad por actividad lícita contractual, para fundar la concesión de una indemnización morigerada.

Por otra parte, algo similar se advierte en los criterios jurisprudenciales seguidos por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, conforme quedara expuesto anteriormente.

Por último, y sin perjuicio de lo expuesto, existen criterios claros que ha seguido tanto la Corte como la mencionada Cámara, en cuanto a la prudencia en reconocer el lucro cesante, al requerir una prueba rigurosa tendiente a acreditar el mismo, haciendo mérito de una estricta relación de causalidad entre el daño (sea daño emergente o lucro cesante) y el obrar estatal, y teniendo en cuenta a fin de su graduación la influencia de otros factores como el caso fortuito, la fuerza mayor o la concurrencia de causas en su producción.

4.1.2 Afectación de derechos extrapatrimoniales.

Entre los casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde se encontró comprometida la responsabilidad del Estado por actividad lícita, también se encuentra aquellos en los que se han afectado derechos extrapatrimoniales, como la vida, la salud y la integridad psicofísica, y en los que también se analizó el tema del alcance de la reparación.



Así, en el caso “*Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina* (E.N-Min Interior)”¹¹⁴ la Corte se expidió en torno a una demanda por daños y perjuicios sufridos por una persona que viajaba en un ómnibus y resulto herida de bala en un tiroteo entre efectivos de la Policía Federal y un grupo de delincuentes, y lo calificó como un caso de responsabilidad por actividad lícita vinculado al poder de policía de seguridad. En lo que aquí interesa, al momento de establecer el alcance del resarcimiento el máximo tribunal dejó de lado, la jurisprudencia vinculada a la postura restrictiva, y sin mayores fundamentos se pronunció favorable a que la indemnización comprendiera todo el daño material, el daño estético y el moral. Dicho fallo tuvo la disidencia parcial de los jueces Fayt y Levene, donde pusieron de resalto las diferencias entre los daños producidos a la propiedad privada y los producidos a la vida humana y la integridad física. Al respecto Fayt, a diferencia de su postura restrictiva en cuanto al alcance de la indemnización al tratarse de afectaciones a la propiedad privada, hizo lugar a una indemnización plena en materia de afectación a derechos extrapatrimoniales, como la vida.

El mismo criterio de conceder una indemnización amplia fue aplicado por el máximo tribunal en otros casos vinculados a daños por el poder de policía de seguridad, tales como “*Toscano Gustavo C. Provincia de Buenos Aires s/Daños y Perjuicios*”¹¹⁵ del 7-2-1995, y en el caso “*Mochi, Ermanno y otra c/ Pcia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios*”¹¹⁶ del 20-3-2003.

A su turno, la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal se expidió en la causa “*Ortolani, Javier Natalio y otro c/ E.N Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ Daños y Perjuicios*”¹¹⁷ donde se debatieron los daños padecidos por un niño que contrajo poliomelitis posvacunal como consecuencia directa de la aplicación obligatoria de la vacuna Sabin oral,

¹¹⁴ Fallos 318:385

¹¹⁵ Fallos 318:38

¹¹⁶ Fallos 326:847

¹¹⁷ CN Fed. CAdm Sala V, 1-7-2014, Expte CAF 34.769/2007.

supuesto calificado de responsabilidad del Estado por actividad lícita, por ejercicio del poder de policía sanitario¹¹⁸.

El fallo de primera instancia reconoció la responsabilidad del Estado ante el sacrificio especial que resultó acreditado por el niño damnificado, pero fijó una indemnización limitada aplicando los principios de la ley de expropiaciones.

La alzada con voto del Juez Guillermo Treacy, al cual adhirieron los jueces Gallegos Fedriani y Jorge Alemany, considero que la ley de expropiaciones y su aplicación analógica cabía aplicar ante lesiones a derechos patrimoniales; pero no en los casos de afectación de derechos como la salud, o la integridad psicofísica de una persona, razón por la cual la reparación debía ser plena.

En este sentido, el pronunciamiento de la Sala V de la citada cámara siguió los criterios de la Corte Nacional que ha puesto en el centro de la escena del sistema jurídico a la persona humana, y al derecho a la vida, y ha diferenciado la tutela y protección de la inviolabilidad física, psíquica y moral de la persona, respecto de la tutela de la integridad patrimonial, de acuerdo al precedente *“Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”*¹¹⁹.

Finalmente, cabe señalar que aplicando esta doctrina el máximo tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de los sistemas especiales de responsabilidad que limitan las indemnizaciones frente al derecho a una reparación integral, originado en el principio *alterum non laedere*, ante daños a la vida y la integridad física, postura que consagró en el precedente *“Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A”* ¹²⁰ del 21-9-2004 y en *“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis, y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”* ¹²¹ del 27/12/2012.

4.2 Criterio de la nueva Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado.

¹¹⁸ Citado por ROTAECHE, María Josefina, en su trabajo *“El alcance de la reparación por actividad lícita del Estado en casos de afectación de derechos no patrimoniales”*. RC D 1069/2017. Rubinzal Culzoni. Revista de Derecho Público; 2015. 2015-1pp. 277-302.

¹¹⁹ Fallos 323:3229

¹²⁰ Fallos 327:3753

¹²¹ Fallos 335:2333



El dictado de la ley N° 26.944, de Responsabilidad del Estado, aplicable a los casos en donde estuviera involucrada la responsabilidad pública del Estado Nacional, estableció en el párrafo segundo del artículo 5° que respecto de los casos de responsabilidad por actividad legítima “no procede la reparación del lucro cesante”, de manera que como sostiene Lamoglia¹²², el texto legal ha recepcionado la línea jurisprudencial que estableció un límite al *quantum* indemnizatorio reconociendo el daño emergente, pero limitando el lucro cesante (tales como la de los fallos “Laplacette”, “Los Pinos” y “Motor Once”). Mientras tanto, de esta forma abandona la corriente que pareció abrir una nueva etapa al reconocer el lucro cesante, sobre la base de una prueba rigurosa de este último, tal el criterio expuesto por el máximo tribunal en el “Jacaranda”.

Esta solución normativa ha sido criticada por parte de la doctrina, que han sostenido como Cassagne que la norma violenta el principio indemnización justa (art.21.ap.2°CADH), comprensivo del daño emergente y del lucro cesante, pues de otro modo no sería justa, toda vez que de lo que se trataría es de recomponer las cosas al estado anterior.

Más allá de las críticas que se le puedan formular al texto legal no creemos que el mismo se encuentre francamente en pugna de la norma constitucional, pues desde antaño el máximo tribunal ha aplicado en el ámbito extracontractual criterios restrictivos en materia indemnizatoria, ante la afectación de derechos patrimoniales, y las distintas normas que han previsto regímenes del igual tenor al ámbito de la responsabilidad contractual tampoco han sido tachadas de inconstitucionales.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el criterio establecido por el art.21.ap.2° CADH, no es el de la reparación integral, sino el de indemnización justa, en los casos y según las formas establecidas en la ley.

Sin embargo, otros autores como Aberastury¹²³, argumentan que el principio de reparación integral es el criterio a seguir conforme el fallo “Velázquez

¹²² LAMOGLIA, Carlos Marcelo. “La responsabilidad del Estado en Argentina: Breve comentario a su régimen legal”. Publicado en DIALNET Unirioja. Revista Justitia N° 13 • ISSN: 1692-9403 • ISSN DIGITAL: 2539-4657.

¹²³ ABERASTURY, Pedro. “Principios de la Responsabilidad del Estado” en “Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.994. Editorial, Abeledo Perrot 2014.pág 5 y siguientes.

Rodríguez”, CADH cuyo criterio no creemos aplicable al campo de la extensión de la indemnización ante casos de responsabilidad del Estado por actividad lícita, toda vez que dicho precedente trata de un supuesto de responsabilidad por actividad ilegítima del Estado, razón por la cual no corresponde su aplicación.

5. APRECIACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA REPARACION EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA LICITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SCBA.

5.1 Evolución. Precedentes.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, también ha reconocido la responsabilidad del Estado por actividad lícita, en el ámbito contractual ante la revocación de un contrato administrativo por los daños que importó el cese de la extracción de materia prima para la fabricación de ladrillos, a consecuencia de una ordenanza que prohibió dicha actividad; daños y perjuicios derivados de la revocación de un contrato administrativo de concesión municipal para que en un inmueble fiscal se dedicara a la explotación de juegos acuáticos, entre otras, que serán desarrollados a continuación.

Asimismo, hizo lugar a la responsabilidad del estado por actividad lícita extracontractual por el actuar de la administración en los siguientes casos: al revocar un permiso para edificar por razones de interés público; daños y perjuicios sufridos por una sociedad que explotaba una cantera habilitada pero que por ordenanza municipal dispuso el cese de las canteras que se encontraban en ciertas condiciones, en aquellos caso en los que estando involucrado el poder de policía de seguridad en enfrentamientos en donde haya resultado herido un tercero, aun cuando no se haya establecido que el disparo haya sido efectuado por efectivos de la Policía Bonaerense.

5.2 Afectación de derechos patrimoniales.

En cuanto al alcance de la indemnización la doctrina de la Suprema Corte Bonaerense, en una primer etapa, y por mayoría, excluyó el reconocimiento del lucro cesante, criterio que estableció en el caso “*Yabra, Mario c/ Municipalidad*



de *Vicente López s/ demanda contencioso Administrativa*¹²⁴ fallada el 22 de octubre de 1985, en se resolvió un caso de revocación por oportunidad, merito o conveniencia, de una ordenanza que había autorizado una construcción y a fin de establecer el quantum indemnizatorio aplico analógicamente la Ley 5708 de expropiaciones provincial, mientras que el voto minoritario destaco la existencia del fallo “*Sánchez Granel*” del año 1984, en pos de reconocer el lucro cesante.

Este criterio fue reiterado en el fallo “*Promenade SRL v Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso Administrativa*”¹²⁵ del 20/03/1990, y en la causa “*Cartone S.A y Ravinovich, Héctor v. Municipalidad de Vicente López s/ demanda contencioso Administrativa*” del 20 de diciembre de 1994¹²⁶.

Al respecto, cabe señalar que el superior tribunal provincial, seguía de manera contemporánea el criterio de la Corte Nacional, que aplicaba la postura restrictiva del reconocimiento del lucro cesante por aplicación de la teoría de la fuerza expansiva de los principios de la expropiación, en los casos “*Cantón*” y “*Motor Once*” 1987.

Ahora bien, ya en el año 1992 la Suprema Corte Provincial en el fallo “*García Ezequiel c/ Pcia de Bs. As*”¹²⁷, al resolver sobre los daños causados por una obra pública que altero el equilibrio hídrico del sistema, en el cual el damnificado se había visto temporalmente afectado en el uso y aprovechamiento económico de su propiedad, el tribunal al momento de analizar la procedencia del lucro cesante (estableció la indemnización sobre la base de 794 has afectadas en la actividad de cría, recría e invernada, en relación al lucro cesante por las inundaciones) dejó en claro que no correspondía aplicar el criterio de la aplicación analógica de la expropiación, con el que había fundado la indemnización por los daños por la revocación de una ordenanza que había autorizado una construcción, pues en el caso no se trataba de la privación de la propiedad, sino del aprovechamiento o uso de la misma, razón por la cual la indemnización debía ser plena, incluyendo daño emergente y lucro cesante, entendido este como las ventajas económicas esperadas de acuerdo a

¹²⁴ SCBA B.47.871 Ay S 1985-III-242.

¹²⁵ SCBA B.49.312.

¹²⁶ SCBA B.50682

¹²⁷ La Ley 1993-B, 125; DJBA 143-239; Ac.48.095.

probabilidades objetivas debidas y estrictamente comprobadas, para lo cual el fallo “*Sánchez Granel*” de la Corte Nacional.

Esta postura fue reiterada, en los precedentes “*Divertimentos Acuáticos S.A v. Municipalidad de Gral. Pueyrredón*”¹²⁸ y en “*Ravinovich, Héctor v. Municipalidad de Vicente López s/ demanda contencioso administrativa*”¹²⁹, con la particularidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. estuvo integrada por conjuces y no con sus jueces estables¹³⁰. De modo que, ante esta situación la mayoría se conformó con los votos de los conjuces que integraron el tribunal, razón por la cual el criterio del tribunal en su integración regular a la fecha de dichos fallos continuaba siendo la exclusión del lucro cesante¹³¹.

En efecto, en el caso “*Divertimentos Acuáticos S.A c/ Municipalidad de General Pueyrredón*” del 18 de noviembre de 1997 el máximo tribunal Bonaerense resolvió la extensión del daño que correspondía acordar a la actora ante la revocación anticipada de un contrato de concesión administrativa de un bien del dominio público, sito en Punta Cantera, con destino a la explotación de juegos acuáticos, por razones de interés público, por remodelación de la Avda. Martínez de Hoz de Mar del Plata.

En ese sentido, el voto de la mayoría, resolvió acordar una indemnización plena integral comprensiva de daño emergente y del lucro cesante (voto de los Dres. Negri, Hitters, a los cuales adhirieron los Dres. Pettigiani, De la Cruz y Bissio; mientras que la minoría se conformó por los votos de los Dres. Pisano y Laborde). En el Voto del Dr. Hitters se encuentra el fundamento novedoso sobre el cual se asentó el criterio de la reparación amplia. El cual tuvo en cuenta, por un lado, la amplitud dada por la Corte Nacional al derecho de propiedad, los arts.14 y 17 que garantizan la inviolabilidad de la propiedad; y, a su vez, los tratados con jerarquía constitucional (art.75 inc° 22 CN), en este caso el

¹²⁸ SCBA B.51.148

¹²⁹ SCBA B.49.386

¹³⁰ CALONJE, Diego. “*Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires. Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*”. En Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.994. Pedro Aberastury Director. Editorial Abeledo Perrot 2014.

¹³¹ ANDREUCCI, Carlos A.” *Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires*”, ps. 267/268 en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho Ciencias de la Administración, Buenos Aires 2001.



art.21.inc 2° de la CADH, que ante la privación de bienes a los particulares establece que la indemnización debe ser justa. En función de ello reconoció, con las salvedades apuntadas, el principio de la reparación integral del daño emergente y del lucro cesante, entendido como la probabilidad objetiva debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas.

Llegados a este punto, cabe señalar que al igual que la Corte Nacional, el máximo tribunal provincial reconoció la indemnización del lucro cesante en casos vinculados a la responsabilidad contractual por actividad lícita, y dicho criterio y fundamentos, fueron extendidos al reconocimiento de la indemnización plena en el campo extracontractual. Si bien, podría decirse que ya en el caso “*García Ezequiel*” donde trato un caso de responsabilidad del estado por actividad lícita, extracontractual, reconoció el lucro cesante, lo hizo sobre la base del precedente “*Sánchez Granel*” de la Corte Nacional; mientras que creemos que en “*Divertimentos Acuáticos*” y en “*Ravinovich*” la Corte Bonaerense establece una argumentación propia y novedosa al otorgar el lucro cesante en los casos de responsabilidad por la actividad lícita del Estado Bonaerense, tanto sea ante la revocación de un permiso o autorización, o la revocación de un contrato, en ambos casos por razones de interés público.

En dichos pronunciamientos el tribunal sostuvo que: “...*La responsabilidad por actividad lícita del Estado tiene carácter complejo por ausencia de normas específicas que regulen la materia y por inaplicabilidad de las normas sobre la "responsabilidad civil" que tiene como presupuesto normal la antijuridicidad, pero no puede desconocerse que el derecho es uno, el edificio jurídico es único y coronado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que revisten su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna); estas normas supremas son el elemento aglutinante y la base sobre la cual reposa todo el ordenamiento legal...*”

Al tratar el caso “*Cantera Gorina SH. c/ Municipalidad de La Plata*”¹³² del 27 de diciembre de 2006, el máximo tribunal Bonaerense, definió el criterio vinculado al el alcance indemnizatorio que correspondía reconocer por los daños

¹³² SCBA B.54.024

sufridos por una sociedad que explotaba una cantera habilitada, pero que al establecerse por una ordenanza municipal un nuevo régimen para la extracción de suelos, dispuso el cese anticipado de la explotación de las canteras que se encontraban fuera de dichas condiciones, como el caso de la actora.

El tribunal considero que al momento de la revocación la actora contaba con una autorización o habilitación por parte de la administración, que constituía un acto de la administración policial en donde se reconocía el cumplimiento de ciertas condiciones impuestas por la reglamentación para desplegar una actividad, razón por la cual la actora ejercía un derecho perfecto (no sometido a condición o plazo), al momento de la revocación, y que de esta forma se había lesionado una situación jurídica anteriormente adquirida y que integraba el derecho de propiedad de la actora.

En ese orden de ideas, nuevamente el Dr. Hitters en su voto (al cual adhirieron los demás Ministros,) por los mismos argumentos dados en la causa “*Divertimentos Acuáticos*” y “*Ravinovich*”, entendió que no cabía rechazar *ab initio* el reconocimiento del lucro cesante, el cual quedaba sujeto a la prueba rendida por la actora¹³³. De esta manera, ahora si el máximo tribunal Bonaerense, por la mayoría de los jueces que regularmente lo integraban, fijo como criterio la procedencia de la reparación integral, comprensiva del lucro cesante, en los casos de responsabilidad por actividad lícita.

Sin perjuicio de ello, de la prueba aportada se pudo establecer que la cantera estaba al borde de su agotamiento, siendo imposible determinar los valores de material restantes de extracción, no correspondiendo por ello el reconocimiento del valor llave que resulto negativo ante la tendencia declinante de ingresos y utilidades de la cantera, con utilidades negativas en todos los periodos. Si se hizo lugar al valor de las instalaciones de la misma.

Respecto de la imposibilidad del comercializar el material a extraer el valor empresa en marcha y el valor llave que integrarían el lucro cesante, el tribunal

¹³³ En idéntico sentido se pronunció la Cámara Contencioso Administrativo de La Plata, con el voto de la Dra. Claudia Milanta al que adhirieron los restantes magistrados de la Excma. Cámara, al establecer que en caso de responsabilidad por actividad lícita para que proceda el lucro cesante es menester su adecuada probanza, tal como se advierte de la lectura del precedente recaído en la Causa N° 19540 CCALP “*Moore de Terrero Elena Ana y otros s/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria* de fecha 23/10/2018.



estimo que debió ser cierto y estar debidamente probado por la actora, circunstancia que impidió al tribunal su otorgamiento, limitando así el *quantum* indemnizatorio al daño emergente.

El criterio de la reparación plena fue reiterado por la Suprema Corte en fecha más reciente en la causa “*Transportes y Construcciones S.A y Sociedad Anónima de Obras y Emprendimientos Ambientales Venturino v. Municipalidad de José C. Paz. Terceros...*”¹³⁴ del 18 de febrero de 2009, en donde se pretendía la reparación de los perjuicios producidos por el decreto mediante el cual el intendente municipal había resuelto rescindir el contrato de locación del servicio público de higiene urbana y recolección de residuos domiciliarios.

Dicho decreto se fundó en la ley 11.752 que creó el nuevo municipio y habilitó al intendente a negociar y resolver los contratos, convenios y concesiones vigentes en el municipio preexistente, por lo que la sentencia concluyó que la resolución del contrato dispuesta importaba un típico caso de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Para establecer el lucro cesante la Suprema Corte solo tomó en cuenta el lapso de tiempo comprendido desde la fecha de rescisión hasta la fecha en que originalmente se había pactado la conclusión del contrato, y no el lapso por el cual podía ser prorrogado.

Por otra parte, si bien conforme al pliego de bases y condiciones el beneficio del empresario no podía ser superior al 10 % del costo del servicio, la Suprema Corte entendió que no correspondía adoptar un criterio puramente matemático a fin de calcular el resultado de la utilidad empresarial. Al mismo tiempo recordó que había que actuar con prudencia al resarcir el sacrificio individual por los daños ocasionados por el cumplimiento de funciones administrativas, y tuvo en cuenta que las empresas no habían desarrollado actividad alguna durante el período en cuestión, quedando al margen de los riesgos empresariales.

De esta manera y por aplicación de la analogía conforme al art.1638 del entonces vigente Código Civil, el tribunal morigeró el lucro cesante el cual fue

¹³⁴ SCBA B.57.916.

reconocido en un seis 6% por ciento del costo mensual que hubiera tenido el servicio durante el periodo mencionado.

Posteriormente, el día 3 de julio de 2013, la Suprema Corte Bonaerense, ratifico el criterio de la reparación integral al resolver el caso *“Perazzo, Walter Augusto c Municipalidad de General Pueyrredon s/ daños y perjuicios”*¹³⁵ en donde el actor inicio demanda por daños y perjuicios a fin de obtener la indemnización de los daños ocasionados por la incorporación de su inmueble como patrimonio de la ciudad mediante una ordenanza municipal. Al respecto el máximo tribunal bonaerense, confirmo el fallo de la Cámara de apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata que, al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar al reclamo al calificar el caso como de responsabilidad del estado por actividad lícita, dado que el actor no había cuestionado la legalidad de la norma, sino solo había reclamado los daños y perjuicios resultantes de esta.

La alzada reconoció el reclamo de daños al considerar que con la afectación al patrimonio cultural dictado por la Municipalidad, el inmueble había perdido valor de venta, pues estimo que dicho actuar de la administración era la causa adecuada de la merma de valor del inmueble en el mercado, acotando sus posibilidades comerciales, como asimismo excluyéndolo de su principal propósito al que eran destinados los bienes raíces de la zona, esto es a la posibilidad de someterlo al régimen de propiedad horizontal, no sin tener en cuenta otros factores que también, y por actividad propia del actor, habían contribuido a la pérdida de valor del inmueble en el mercado tal como la afectación con derecho real de hipoteca, y el posterior concurso devenido en quiebra del actor, y las medidas judiciales anotadas con anterioridad a la afectación por el Municipio. De modo que, por esta razón la alzada estimo que el daño patrimonial, como perdida de chance, solo ascendía a la suma de pesos \$ 20.000 y por daño moral a la suma de pesos \$10.000.

Por último, al confirmar el fallo de la Cámara, la Suprema Corte, mediante el voto del Dr. Hitters, al cual adhirieron los demás ministros del tribunal (Dra. Kogan, Dr. Negri, Soria) reitero su criterio mediante el cual en el ámbito de la

¹³⁵ SCBA C.112.112.



responsabilidad por actividad lícita extracontractual corresponde el otorgar una indemnización integral, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, con cita de sus votos emitidos en los casos (B.58.326, sent del 3-IX-2008 y Ac.58.556, sent del 17-11-1998).

En fecha más reciente, el día 29 de agosto de 2018, la Corte Bonaerense nuevamente trato un caso vinculado a los daños y perjuicios reclamados por los propietarios de un campo en la localidad de Bragado Pcia de Bs. As que a consecuencia de la actividad administrativa lícita del Estado Provincial se había inundado, en los autos "*Caffaro, Norberto, José y otros contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios*"¹³⁶ en donde los agravios de la parte actora giraron en torno a un aumento en los rubros por indemnización de recuperación de suelos y siembra de pasturas, el reconocimiento del daño moral, y la aplicación de la ley 12.836 de consolidación de deudas provinciales en torno a los intereses. Si bien la Suprema Corte conformo el voto de la mayoría en torno a la inaplicabilidad de la citada ley de consolidación de deuda, y no en relación con los de más puntos reclamados, el fallo reviste interés en cuanto al reconocimiento del daño moral en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita. Al respecto, el fallo en cuestión resulta interesante por los fundamentos aportados en los votos de los señores Ministros del Tribunal. Así mientras el Dr. Negri y el Dr. Carral, adhirieron al pronunciamiento de la Dra. Kogan quien considero que al comprobarse el obrar antijurídico de la Provincia de Buenos Aires en el manejo hídrico que causara la inundación de los campos de los actores, era lógico que estos se vieran afectados en sus sentimientos, y en función de ello se fuera procedente el reconocimiento del daño moral. En tanto que el voto del Dr. Pettigiani, al cual adhirieron los Ministros De Lazzari y Soria, no hizo lugar al daño moral y para ello argumento que no siempre cabía reconocer el daño moral por el aforismo *res ipsa loquitur*, de manera que ante la responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado, en donde reitero el criterio de la reparación plena, el daño moral no podía ser reconocido "*si no se ha demostrado que los peticionantes hubieran sufrido perjuicios de carácter*

¹³⁶ SCBA C.119.073

extrapatrimonial suficientes para justificar el reclamo “ (in re F.276” Fernández Badie, Julio Alberto c/ Pcia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios sent. 28-VII - 1994), razón por la cual considero que a fin de reconocer los daños causados en los casos de responsabilidad por actividad lícita los jueces deben actuar con suma prudencia, razón por la cual estimo que no correspondía reconocerlo, teniendo en cuenta el carácter de emprendimiento estrictamente comercial del establecimiento afectado.

5.3. Afectación de derechos expatrimoniales.

Por otra parte, la Suprema Corte también tuvo la oportunidad de establecer el criterio de la reparación integral en los casos de responsabilidad por actividad lícita en los que resultaran afectados derechos de índole expatrimonial como la integridad física o la vida. Así el máximo tribunal se expidió sobre el tópico en los casos de responsabilidad por actividad lícita del poder de policía de seguridad en el cual resultaran afectados este tipo de derechos, tal como sucedió en el caso “*Maidana, Nidia Mabel c/ Provincia de Buenos Aires s / Daños y perjuicios*”¹³⁷ de fecha 4 de mayo de 2011, en donde un menor resultó gravemente herido producto de un impacto de bala, originado en un enfrentamiento de la Policía Bonaerense y delincuentes, que posteriormente le causara la muerte, y en el cual la Suprema Corte al tratar los agravios se pronunció sobre la extensión del daño a resarcir, considerando que este debía ser integral, aun cuando no se hubiera podido acreditar que el disparo hubiera procedido de los efectivos policiales, fundando el reclamo en el riesgo creado por dicha actividad.

Por último, el 15 de julio de 2015, el tribunal se expidió sobre un caso similar en los autos “*Guiergis, Héctor Raúl c/ Provincia de Buenos s/ daños y perjuicios*”¹³⁸ aun cuando en esta oportunidad los agravios tratados en la instancia extraordinaria giraron en torno al nexo causal que origino el daño en el tercero alcanzado por el impacto de fuego.

¹³⁷ SCBA LP 92.796

¹³⁸ SCBA LP 115.218.



5.4 Las iniciativas legislativas en la Provincia de Buenos Aires en torno a la responsabilidad del Estado por actividad lícita y el alcance de la indemnización.

Por su parte, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado elaborado por el actual Poder Ejecutivo Bonaerense al tratar la responsabilidad por actividad lícita del Estado Provincial, establece un criterio distinto, al delineado por la jurisprudencia actual de la Suprema Corte Bonaerense, en torno al alcance de la indemnización, toda vez que en su artículo 7° expresamente excluye el reconocimiento del lucro cesante, a la vez de caracterizar a este tipo de responsabilidad como de carácter excepcional.

Sin embargo, el último párrafo del citado artículo, al tratar los daños generados por la actividad lícita al que impliquen la afectación de derechos extrapatrimoniales el anteproyecto en mención prevé una indemnización amplia, que si está en línea con la jurisprudencia desarrollada por la Suprema Corte Bonaerense al sostener que *"...Sin embargo cuando se afectare la vida, la salud, o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos datos"*¹³⁹.

Similar criterio ha seguido la Provincia de Mendoza al dictar su ley de responsabilidad extracontractual del Estado, al tratar el alcance de la indemnización que corresponde conceder en los casos de responsabilidad por actividad lícita que afecten derechos extrapatrimoniales como la vida, la salud o la integridad física, conforme la redacción del artículo 10° de ley N° 8968 de la mencionada provincia.¹⁴⁰

¹³⁹ <https://agendaparticipativa.gba.gov.ar/anteproyecto> de Ley de Responsabilidad del Estado.

¹⁴⁰ Ley 8968 de la Provincia de Mendoza (B.O del 11/05/2017), en su art.10 establece *"... Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños..."*

6. EL LUCRO CESANTE BAJO EL PRISMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES, LA CONVENCION AMERICANA DE DD.HH.

Asimismo, en relación con el tema del alcance de la reparación en el ámbito del derecho administrativo es menester analizar, por un lado, cuál ha sido su recepción en los tratados internacionales que integran el plexo constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo al artículo 75 inc. 22, y a su vez, cual es el impacto en los regímenes legales de derecho administrativo que tratan la responsabilidad del Estado ante la revocación o rescisión unilateral de actos administrativos unilaterales o bilaterales, por actividad lícita ¹⁴¹.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el proceso de internacionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales se desarrolla en tres ámbitos definidos del derecho internacional contemporáneo: a) el derecho internacional de los derechos humanos b) el derecho internacional de la integración o comunitario y c) el derecho internacional del comercio.

Frente a ello, nuestro sistema constitucional de fuentes, fue modificado a fin de su adaptación, en la reforma constitucional de 1994, mediante el cual se reconocería, adaptando el sistema originario de 1853, tres tipos de derecho internacional.

En primer término, los tratados de derecho internacional general, (art.75 inc. 22) sean de derecho público o privado celebrados entre estados nacionales o con organismos internacionales.

En segundo lugar, los tratados del derecho internacional de los derechos humanos, universales y regionales.

Mientras que, en tercer lugar, encontramos los tratados del derecho de la integración. Por su parte la distinción entre estos radica en los sujetos reconocidos en cada uno, el tipo de relación jurídica que regulan, y su jerarquía normativa a nivel internacional e interno o constitucional.

¹⁴¹ GONZALES MORAS, Juan Manuel. *“Los tratados supraconstitucionales y su aplicación al quantum de la indemnización en la revocación del acto por razones de oportunidad, merito o conveniencia”*. En: Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Rap 2009, pp. 533-554.



Ahora bien, en torno al tema que nos convoca, cabe analizar cuáles son los estándares o criterios para considerar lícita una limitación o revocación de derechos de los particulares por el actuar lícito de la administración por los Estados Nacionales.

En cuanto a los tratados internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre derechos humanos establece en su artículo 21 que sobre el derecho a la propiedad privada “...*Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la ley*”.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Baruch Ivcher Bronstein c/ Peru*” del 6 de febrero de 2001, tuvo que establecer si la privación de los bienes del actor había sido compatible con el derecho de propiedad consagrado en los términos de la Convención, y para ello estableció que debía fundarse en razones de utilidad pública o interés social y sujetarse al pago de una justa indemnización, al tiempo que debía limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley. En el caso la Corte Interamericana definió con amplitud el concepto de propiedad y estableció que, en relación con el estándar de justa indemnización, la solución dependía de lo que estableciera por ley el derecho interno del Estado demandado.

Posteriormente, el 6 de mayo de 2008, la Corte interamericana en el caso “*Chiriboga vs. Ecuador*” fallo acerca de la privación del derecho de propiedad de los actores en torno a la expropiación por causa de utilidad pública que el Consejo Municipal de Quito, declaró en el año 1991, sobre un predio de 60 hectáreas de los hermanos Salvador Chiriboga. Al respecto considero vulnerados el derecho de propiedad de la Convención y el de una justa indemnización, en los términos del art. 21.2, 8.1 y 25.1 de la Convención, pues si bien se había iniciado la expropiación, habían transcurrido más de 15 años desde que el Consejo Municipal declaró la utilidad pública, mientras que la ocupación con fines de expropiación del terreno había sucedido el 10 de julio de 1997, sin que se dictara una resolución judicial que fijara en forma definitiva el valor del bien y ordenara el pago de la indemnización.

Por otra parte, en el marco del derecho internacional del comercio el núcleo de los derechos incluidos en los Tratados de Promoción y Protección recíproca de Inversiones (BITs), comprende el derecho de compensación por expropiación del estado receptor de la inversión, tal es el caso del Tratado suscrito con los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por la Ley 24.124, en cuyo artículo IV aborda el tema de la expropiación de las inversiones y de la compensación que corresponda hacer frente ante dicho supuesto.

Por último, en el ámbito del derecho de la integración o comunitario es donde menos se han encontrado principios vinculados a la responsabilidad estatal por daños causados en el marco de la actividad lícita¹⁴².

7.CONCLUSIONES.

En el presente estudio se ha analizado el alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita extracontractual administrativa, en la jurisprudencia de Provincia de Buenos Aires, respecto de la última década, en relación con la evolución jurisprudencial de la Corte Nacional.

A esta altura estamos en condiciones de extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, hemos señalado que el largo y dificultoso proceso del reconocimiento de la responsabilidad del Estado y de la demandabilidad del Estado, y el aún más engorroso reconocimiento de la responsabilidad por actividad lícita del Estado, el cual se edificó tanto a nivel nacional como provincial sin normas legales relativas a la responsabilidad extracontractual por actividad lícita, y se hizo gracias a la labor jurisprudencial que al fundamentar sus pronunciamientos, en un primer estadio hecho mano a alguna referencia al Código Civil entonces vigente¹⁴³, pero luego sentó las bases argumentales de ese tipo de responsabilidad, directa y objetiva, sobre fundamentos de derecho

¹⁴² GONZALES MORAS, Juan Manuel. *“Los tratados supraconstitucionales y su aplicación al quantum de la indemnización en la revocación del acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia”*. Ob. cit. pp. 533-554.

¹⁴³ Fallos 195:66



público extraídos de los artículos 14, 16, 17,19, 28 de la Constitución Nacional¹⁴⁴ junto con el aporte de la doctrina y el derecho comparado.

En cuanto al alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita extracontractual administrativa, podemos afirmar que la jurisprudencia de la Corte Nacional, en una primera etapa demarcada por los criterios sentados en los fallos “*Laplacette*” del año 1943, “*Corporación Inversora Los Pinos S.A c/ Municipalidad de Buenos Aires*”¹⁴⁵ de año 1975 “*Cantón Mario Elbio c/ Nación*”¹⁴⁶ año 1979 y “*Motor Once SACI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”¹⁴⁷ año 1989, adscribió a la postura restrictiva en materia indemnizatoria, cercenando el reconocimiento del lucro cesante, en cuanto se afectaran derechos patrimoniales. Mientras tanto al abordar los casos de responsabilidad por actividad lícita en el campo contractual, la Corte Nacional se inclinó por aplicar la corriente que postula el reconocimiento de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, de acuerdo al precedente recaído en autos “*Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SACIFI v. Dirección Nacional de Vialidad*”¹⁴⁸. Sin embargo, cabe aclarar que en distintas oportunidades la Corte Nacional aplico el criterio amplio de resarcimiento del lucro cesante al resolver los casos de responsabilidad extracontractual por actividad lícita, como se analizara anteriormente.

Desde el año 2005, con el criterio vertido en el fallo “*El Jacaranda*” el máximo tribunal de la Nación, mantiene como criterio jurisprudencial la postura amplia que reconoce la indemnización del daño emergente y el lucro cesante en torno al alcance de la indemnización en la responsabilidad por actividad lícita administrativa, bajo estrictas pautas probatorias sobre este último rubro.

Actualmente con la entrada en vigencia de la ley nacional 26.944 de la responsabilidad extracontractual del Estado Federal, se ha receptado la postura restrictiva, que en cuanto al alcance indemnizatorio en materia de responsabilidad por actividad lícita excluye el lucro cesante, sin distinguir si ello

¹⁴⁴ Fallos 180:107, 293:617;310:943;316:397; Fallos 319:2658, entre otros.

¹⁴⁵ Fallos 293:617

¹⁴⁶ Fallos 301:403

¹⁴⁷ Fallos 312:649

¹⁴⁸ Fallos 306:1409

se reduce solo a los casos en donde existe afectación de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales.

Un punto destacable de la labor jurisprudencial de la Corte Nacional resulta haber establecido un límite que en ningún caso era posible franquear al denegar el lucro cesante y es que de no conceder el mismo, se incurriera en una desnaturalización o despojo del derecho de propiedad ante la afectación de este por la actividad lícita estatal, cuando el daño en su mayor parte estuviera integrado por ese rubro¹⁴⁹.

Por otra parte, al analizar la evolución jurisprudencial de la Suprema Corte Bonaerense, podemos identificar una primera etapa jurisprudencial contemporánea con la Corte Nacional, en la cual al igual que esta se inclinó por adoptar un criterio restrictivo en torno al alcance de la indemnización por actividad lícita extracontractual por actividad administrativa ante la afectación de derechos patrimoniales, tal como surge de los fallos “*Yabra, Mario c/ Municipalidad de Vicente López s/ demanda contencioso Administrativa*”¹⁵⁰ del año 1985, “*Promenade SRL v. Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso Administrativa*”¹⁵¹ del año 1990, y por último de la causa “*Cartone S.A y Ravinovich, Héctor v. Municipalidad de Vicente López s/ demanda contencioso Administrativa*”¹⁵² fallada el 20 de diciembre del año 1994.

Ahora bien, a partir de los fallos “*Ravinovich, Héctor v. Municipalidad de Vicente López s/ demanda contencioso administrativa*”¹⁵³ y “*Divertimentos Acuáticos S.A v. Municipalidad de Gral. Pueyrredón*”¹⁵⁴ sentenciados en el año 1997, la Suprema Corte Bonaerense integrada por conjuces empieza a delinear el criterio y un fundamento amplio y novedoso en torno a la reparación plena que mantendrá, y consolidará recién en el precedente “*Cantera Gorina SH. c/*

¹⁴⁹ Voto del Dr. Baque en el caso “*Juncalan Forestal*” de Fallos 312:2266.

¹⁵⁰ SCBA 47.871 AyS 1985 III-242.

¹⁵¹ SCBA B.49.312

¹⁵² SCBA B.50682

¹⁵³ SCBA B.49.386

¹⁵⁴ SCBA B.51.148 allí el máximo tribunal Bonaerense sostuvo: “...La responsabilidad por actividad lícita del Estado tiene carácter complejo por ausencia de normas específicas que regulen la materia y por inaplicabilidad de las normas sobre la “responsabilidad civil” que tiene como presupuesto normal la antijuridicidad, pero no puede desconocerse que el derecho es uno, el edificio jurídico es único y coronado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que revisten su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna); estas normas supremas son el elemento aglutinante y la base sobre la cual reposa todo el ordenamiento legal...”



Municipalidad de La Plata”¹⁵⁵ fallado en el año 2006, por la mayoría de los jueces que regularmente integraban el máximo tribunal Bonaerense.

En efecto sostuvo el tribunal que sobre este aspecto es dable advertir que la Suprema Corte Bonaerense, en este precedente consolida la postura del reconocimiento de la reparación amplia con posterioridad a la Corte Nacional, no obstante, lo cual, lo hace con una amplitud de fundamentos tal como la cita del artículo 21.2 de la CADH, haciendo una aplicación directa de este, a diferencia de la Corte Nacional que en sus fundamentos para reconocer la reparación amplia, hasta el momento, no ha hecho referencia, a dicho artículo del Pacto de San José de Costa Rica, ni tampoco se ha expedido en torno al alcance del lucro cesante en los términos que lo ha hecho el máximo tribunal Bonaerense al sostener como fundamento del mismo al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

A su vez, la Corte provincial definió al lucro cesante como todo lo que legítimamente se ha incorporado al patrimonio afectado coincidiendo con la clásica interpretación del derecho de propiedad receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Bourdie Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*”¹⁵⁶.

Sobre este aspecto, la Corte Bonaerense en su argumentación vinculada al lucro cesante agrego “... *que la reparación del lucro cesante reemplaza en el patrimonio del afectado aquello que legítimamente se le había incorporado por la actividad desplegada y los elementos de trabajo y capital armonizados en el empeño...*”¹⁵⁷

Por otra parte, se advierte en el derrotero jurisprudencial Bonaerense, al igual que en la Corte Suprema Nacional, similitudes en algunas vacilaciones argumentales toda vez que la Corte Bonaerense reconoció la indemnización del lucro cesante en casos vinculados a la responsabilidad contractual por actividad lícita, y dicho criterio y fundamentos, fueron extendidos al reconocimiento de la indemnización plena en el campo extracontractual. Así sucedió en el caso

¹⁵⁵ SCBA B.54.024

¹⁵⁶ Fallos 145:307

¹⁵⁷ SCBA B 51.148

“*García Ezequiel c/ Pcia de Bs. As*”¹⁵⁸ donde trato un caso de responsabilidad del Estado por actividad lícita, extracontractual, reconoció el lucro cesante, lo hizo sobre la base del precedente “*Sánchez Granel*” de la Corte Nacional; al igual que en los fallos “*Divertimentos Acuáticos*” y “*Ravinovich*” al otorgar el lucro cesante en los casos de responsabilidad por la actividad lícita del Estado Bonaerense, tanto sea ante la revocación de un permiso o autorización, o la revocación de un contrato, en ambos casos por razones de interés público, sobre idénticos fundamentos.

El criterio de la reparación plena fue reiterado por la Suprema Corte en fecha en la causa “*Transportes y Construcciones S.A y Sociedad Anónima de Obras y Emprendimientos Ambientales Venturino v. Municipalidad de José C Paz. Terceros...*”¹⁵⁹ del 18 de febrero de 2009, a pesar de que las probanzas del caso solo hicieron que se le reconociera al actor un lucro cesante morigerado sobre el entonces vigente artículo 1638 del Código Civil.

Puntualmente, y al analizar el criterio de la Suprema Corte Bonaerense durante la última década en torno al alcance de la indemnización por actividad lícita extracontractual por actividad administrativa ante la afectación de derechos patrimoniales, podemos afirmar que de acuerdo al fallo “*Perazzo, Walter Augusto c/ Municipalidad de General Pueyrredon s/ daños y perjuicios*” del año 2013 la Suprema Corte Bonaerense, no hay dudas que se mantiene el criterio de la reparación amplia, conforme surge del voto del Dr. Hitters, al cual adhirieron los demás ministros del tribunal (Dra. Kogan, Dr. Negri, Soria) en donde reitero su criterio mediante el cual en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita extracontractual corresponde el otorgar una indemnización integral, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante.

A su vez, tal como quedara expuesto anteriormente ante la afectación de derechos extrapatrimoniales por actividad lícita, la Corte Bonaerense también adopto una postura amplia en cuanto al alcance indemnizatorio conforme surge entre otros del precedente “*Maidana, Nidia Mabel c/ Provincia de Buenos Aires s / Daños y perjuicios*”¹⁶⁰ de fecha 4 de mayo de 2011.

¹⁵⁸ La Ley 1993-B, 125; DJBA 143-239; Ac.48.095

¹⁵⁹ SCBA B.57916

¹⁶⁰ SCBA LP 92.796



Desde otro punto de vista, cabe señalar que, tanto a nivel nacional como provincial, desde el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁶¹, de acuerdo al artículo 1764 excluye su aplicación a los casos de responsabilidad del Estado, cobra preeminencia la labor legislativa en torno la regulación de los criterios de la responsabilidad estatal extracontractual tanto nacional como provincial.

Por último, creemos que el instituto de la responsabilidad estatal le corresponde a la competencia legislativa nacional o provincial, según el caso, atento a la naturaleza eminentemente local del derecho administrativo, lo cual se encuentra reafirmado a nivel constitucional de acuerdo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su artículo 21.2 el criterio imperante en el ordenamiento jurídico argentino sobre el alcance de la indemnización ante la afectación de la propiedad privada por la actividad lícita del Estado es el de la *“...indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas en la ley”*.

En ese orden de ideas, resulta competencia del Poder Legislativo Nacional o local, según el caso, regular el alcance de la indemnización justa, concepto que no es idéntico a la reparación integral, ni tampoco creemos, tal como sostiene Comadira, que sea el alcance de la tutela que se le haya acordado según el artículo 17 CN al derecho de propiedad¹⁶², razón por la cual estimamos que tanto la ley nacional 26.944 como el anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires en tanto, excluyen al lucro cesante en la indemnización de los casos de responsabilidad por actividad lícita del Estado, se adecuan a los parámetros constitucionales del ordenamiento jurídico argentino, en tanto se trate de la afectación de derechos patrimoniales, no así en cuanto se trate de la afectación de derechos extrapatrimoniales. En dicho aspecto estimamos que el anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires, resulta de una mejor técnica legislativa y mucho más adecuado en términos Constitucionales que la ley nacional 26.944 en tanto

¹⁶¹Aprobado por la Ley 26.994 Vigente a partir del día 1/08/2015.

¹⁶² COMADIRA, Julio R., Héctor Jorge Escola, Julio Pablo. *“Curso de Derecho Administrativo...”* cit. P.1609.

contempla una indemnización amplia ante la afectación de derechos extramatrimoniales en este tipo de responsabilidad estatal.

De la misma manera, se advierte una redacción más acabada y precisa en el anteproyecto de ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires al hacer referencia a las distintas causas concurrentes que pueden dar lugar a la producción de daño, lo cual influye de manera decisiva al momento de fijar la indemnización y cuantificar el daño, y a deslindar el aporte causal de la actividad estatal o de terceros involucrados en la producción de mismo, conforme lo establece el artículo 4° de dicho proyecto normativo. La misma apreciación cabe sostener en torno a la relación de causalidad al contemplar el criterio de la relación de causalidad adecuada, a diferencia de la norma nacional-Ley 26.944- que en su artículo 4° establece como requisito la existencia de una relación de causalidad que debe ser directa, inmediata y exclusiva.¹⁶³

En definitiva, es posible afirmar que la jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense, sobre el periodo analizado, resulta más amplia y más rica en tanto entre los fundamentos acordados para el reconocimiento de la reparación amplia ante la afectación de derechos patrimoniales, por la actividad administrativa lícita extracontractual del Estado Provincial, introduce a los tratados con jerarquía constitucional, al hacer una aplicación directa del artículo 21.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mas allá de que creemos que el criterio en torno al alcance de la indemnización no es el de la reparación integral, sino el de indemnización justa, sobre la base de los criterios establecidos por el legislador.

Por último, consideramos que a nivel normativo los textos legales que actualmente se encuentran proceso de elaboración por el Poder Ejecutivo Bonaerense en torno a la responsabilidad del Estado gozan de una mejor técnica legislativa, y diferencian adecuadamente el alcance de la indemnización según se trate de la afectación de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales con motivo de la actividad lícita estatal.

¹⁶³ BALBÍN, Carlos Federico. *“Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo”*. Págs. 41/42. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.