



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

*“Constitucionalidad del art. 5 de la Ley de
responsabilidad del Estado”*

PEDROCCA NIETO ROCIO MARIA BELEN

Legajo: VABG43635

AGRADECIMIENTOS

“Si puedes soñarlo, puedes lograrlo”

Walt Disney

A Dios, al apoyo incondicional de mis padres, hermanos, a mi gran amor y a todos aquellos que alentaron a cumplir mi sueño.

Resumen

La ley 26.944, denominada de responsabilidad del Estado, establece en su artículo 5, que se reparará en forma excepcional el daño emergente producido por actividad lícita del Estado, y a su vez, establece que no se reparara en ningún caso el lucro cesante. Esta solución legislativa planteó a nivel doctrinario muchas objeciones, que aseveraban que al no resarcir todos los rubros, se estaba vulnerando principios consagrados en la Constitución Nacional. Este trabajo dará respuesta respecto a la Constitucionalidad o no del artículo precedentemente mencionado.

Palabras clave: Responsabilidad Estatal; lucro cesante; daño emergente; Constitucionalidad.

Abstract

Law 26,944, known as the State's responsibility, establishes in article 5 that exceptional damages arising from the lawful activity of the State will be repaired in an exceptional manner, and in turn, establishes that no loss of profits will be repaired. This legislative solution raised many objections at the doctrinal level, which asserted that by not repaying all the items, it was violating principles enshrined in the Constitution. This work will answer regarding the Constitutionality or not of the aforementioned article.

Keywords: State Responsibility; lost profit; damages; Constitutionality

Introducción

La figura de la responsabilidad estatal tiene sus orígenes desde los inicios del estado argentino. Pasó por diferentes etapas según la concepción filosófica y jurídica de cuál era el rol del Estado dentro de la sociedad.

El derecho argentino nunca tuvo una norma que reglamentara la responsabilidad del Estado. Durante muchos años, fue la jurisprudencia, mediante la CSJN quien efectuó una construcción dogmática de esta temática. Esta figura pasó por diferentes etapas, desde la irresponsabilidad estatal, hasta la responsabilidad objetiva. Para ello, se hizo una interpretación de las normas del Código de Vélez.

Con la sanción del Código Civil y Comercial, se prescribe en forma expresa la prohibición de utilizar las normas del derecho privado al ámbito estatal. Así en el año 2014, se promulga la ley 26.944 en la que se determina que es órbita del derecho administrativo local determinar la responsabilidad de los estados provinciales. La norma nacional, con su espíritu federalista, invita a las provincias a redactar sus propias normas. Sin embargo, se presentan vacíos legales ya que las jurisdicciones locales no han reglamentado la temática. Además, en la citada, se exime de responsabilidad a los funcionarios y empleados, por los daños producidos, ya que sólo serán imputables, en la medida que se demuestre su culpa. Esta situación, vuelve atrás las decisiones jurisprudenciales de la CSJN que, desde hace años, determinó la aplicación de los principios de responsabilidad civil para el daño producido por el Estado.

El Trabajo estará dividido en tres capítulos. En el primero se tratarán características generales de esta figura y su evolución histórica. El segundo capítulo puntualizará respecto a la responsabilidad del Estado por su accionar lícito.

. Asimismo, en el último capítulo se conceptualizarán cuestiones como la reparación plena e integral en el marco constitucional. Todos estos capítulos permiten tener el conocimiento necesario para arribar a la respuesta del problema de investigación.

Como problema de investigación se plantea ¿Es constitucional el art. 5 de la Ley 26.944 en cuanto restringe la responsabilidad estatal por actividad legítima se repara de modo excepcional y en ningún caso se repara el lucro cesante?

El tema es de gran relevancia jurídica porque el Estado tanto en el ejercicio de sus funciones o en el caso de actividad ilegítima puede causar daños. Por principio constitucional, en el sistema jurídico argentino, rige el principio de reparación plena o integral. Tal garantía constitucional rige para los privados, y así lo sostienen las normas del derecho común, Asimismo, la limitación de la responsabilidad estatal y la prohibición de aplicar en forma directa o subsidiaria el CCyC, sería inconstitucional y contraria a los preceptos del derecho de daños. El agente provocador del daño debe responder por el mismo, no pudiendo diferenciarse entre un ente público o un privado.

En consecuencia, la norma sancionada entraría en contradicción con la tutela constitucional.

Como objetivo principal se establece analizar la constitucionalidad del art. 5 ley 26.944, al indemnizar excepcionalmente el daño causado por actividad legítima del Estado y no repara el lucro cesante.

Como objetivos específicos se pueden enunciar, identificar los presupuestos del derecho de daños, analizar los distintos tipos de responsabilidad estatal, identificar los requisitos exigidos para la declaración de inconstitucionalidad de una norma, evaluar la

prohibición que establece el CCyC de aplicación de sus normas al daño provocado por el Estado, entre otros.

El texto de la ley 26.944 estimo, es inconstitucional, debido a que excepcionalmente repara el daño por actividad legítima del Estado y en ningún caso el lucro cesante, cuestión claramente violatoria de los principios consagrados en la Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto, resolver esta interrogante resulta de un valor fundamental no solo para mantener el orden de supremacía constitucional sino, para establecer parámetros razonables y justos de la indemnización del daño.

INDICE

CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONCEPTOS GENERALES.....	09
1.1 Introducción.....	10
1.2 Responsabilidad del estado.....	10
1.3 La responsabilidad Civil en general.....	13
1.4 Regulación en el nuevo código Civil y Comercial.....	13
1.5 . Responsabilidad por actividad lícita o ilícita.....	15
1.6 Responsabilidad por el hecho de los funcionarios y empleados.....	17
1.7 La jurisprudencia como constructora del modelo de responsabilidad estatal...	19
1.8 Conclusiones Parciales.....	26
2 <u>CAPÍTULO II</u> RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA.....	28
2.1 Introducción	28
2.2 Ley de responsabilidad del Estado	30
2.3 Ámbito de aplicación.....	29
2.4 Responsabilidad por actividad estatal legítima.....	30
2.5 . Opiniones doctrinarias.....	33
2.5.1. Teoría de la fuerza expansiva.....	36
2.5.2. Teoría de la naturaleza del derecho lesionado.....	32
2.6. Tratamiento en el Código Civil y Comercial.....	39
2.7 Conclusiones parciales.....	41
<u>CAPÍTULO III</u> REPARACIÓN PLENA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL.....	43
3.1 Introducción.....	44
3.2. Aproximación al principio de reparación plena e integral.....	45
3.3. Conceptualización de la reparación plena e integral.....	46
3.4. Excepciones al principio de reparación plena e integral.....	42
3.5. Objeciones a la reparación plena e integral.....	47
3.6. Protección constitucional del derecho a la propiedad.....	48
3.7. Derecho Constitucional a la reparación.....	50
3.8. Tratados internacionales y derecho a la reparación.....	50
3.9 Conclusiones parciales.....	53

CONCLUSIONES FINALES.....	55
REFERENCIAS.....	60



CAPÍTULO I RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

CONCEPTOS GENERALES

1.1 Introducción

La responsabilidad Estatal ha sido siempre a lo largo de los años, una temática que ha despertado el interés de los más importantes juristas a nivel nacional. Es así que a su alrededor, se han esbozado diversas teorías ya sea restringiendo la responsabilidad del Estado por daños o bien, flexibilizando dicho criterio. Es así que para responder al problema de investigación primeramente se debe comprender cabalmente los conceptos más generales y fundamentales de la responsabilidad estatal.

1.2 Responsabilidad del Estado

La responsabilidad estatal entraña en sí un alto contenido político. Como el legislador decide regular la problemática de la responsabilidad, demuestra intenciones que no solo se direccionan a brindar respuesta a una temática, sino además, que poseen su revestimiento político.

Así lo explica Díez:

Tiene una gran importancia, desde que representa la posibilidad para el administrado de obtener reparación de los daños imputables al Estado” y es una “pieza esencial del Estado de derecho y toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización (1971, p. 18).

Para Marienhoff (1998, p. 724):

La doctrina argentina ha puntualizado que la razón o justificativo que brinda andarivel a la obligación de resarcir nace del propio texto de la Constitución

Nacional, de los principios que nutren el Preámbulo y de aquellos que sostienen el mismo ordenamiento jurídico (v. gr. no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo).

Se verifica la materialización de principios constitucionales como el vinculado a una tutela judicial efectiva y consolidándose de tal forma un sistema de responsabilidad complejo y eficaz; se buscaba así un sistema integral que tratará de cubrir las lesiones o daños producidos por todo tipo de actividad o inactividad administrativa –lícita o ilícita– que los particulares no deban jurídicamente soportar (Hutchinson y Peirone, 2000, p. 295).

Como afirma Gordillo (2017) al referirse a la responsabilidad del Estado, se debe considerar a la misma en un sentido amplio, es así que toda vez que una persona ha sufrido un daño causado por el Estado, debe ser indemnizada por el mismo. Afirma además Gordillo con claridad que:

No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando: En algunos casos se exigirá que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no; por fin, en algunos casos deberá existir el

daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral. (p. 539).

1.3 La responsabilidad Civil en general

El término “responsabilidad civil” puede entenderse, en un sentido antiguo y muy estrecho del derecho civil, como la obligación de indemnizar el daño ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Tres son así los elementos del concepto clásico de responsabilidad como afirma Gordillo (2017, p.324)

- a) Daño material, pecuniariamente apreciable; b) ilegítimamente ocasionado (antijuridicidad), con c) dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió.

La responsabilidad civil se fundamenta en la premisa de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable, es aquí que aparecen tanto el “caso fortuito” o la “fuerza mayor;” como elementos que rompen el vínculo causal. Según Gordillo(2017) se sostiene entonces en esa concepción que no todo daño económico es un daño jurídico, esto es, indemnizable. La responsabilidad civil es civil justamente, porque se encuentra regulada bajo el parámetro de normas civiles.

1.4. Regulación en el nuevo código Civil y Comercial

Primeramente es necesario establecer que como la mayoría de la doctrina establece, la responsabilidad del Estado es una temática excluida del Derecho Civil y propia del Derecho Administrativo. Sin embargo, como afirma García Pullés (2016 p. 249)

La invocación de esa autonomía e individualidad herramental en modo alguno significa que, desde tal hontanar, pudiera predicarse una suerte de total independencia de las instituciones generales del Derecho Común, que fue llamado así no sólo por ser el originario, sino también por cuanto disciplina principios generales del Derecho. La responsabilidad del estado en el contexto del nuevo Código, que son vinculantes para la integralidad de las ramas que identifican a cada una de las diversas especies en que puede escindirse –principalmente a los fines pedagógicos– la ciencia jurídica. Los autores hablan ahora de una cláusula de doble cierre, a saber: la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Federal establece en su artículo 1 que: “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Paralelamente, los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación disponen: “Las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” y que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos se rigen por las normas y principios del

Derecho Administrativo nacional o local según corresponda.

1.5. Responsabilidad por actividad lícita o ilícita

Muchos autores ahondan en la distinción de acuerdo a si la actividad sea legítima o ilegítima por parte del Estado. Otra forma de intentar la distinción, tal vez la más vulgarizada, tiene su punto de apoyo en el antiguo art. 36 del Código Civil, de acuerdo con el cual “se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efectos respecto de sus mandatarios;” en consecuencia, serán actos y hechos propios del Estado aquellos que realicen sus agentes dentro de sus atribuciones; en lo que se excedan de ellas, sus actos o hechos no son imputables directamente al Estado y darían lugar a la aplicación de la responsabilidad indirecta si se dan los supuestos exigidos por el ordenamiento (Relación de dependencia, culpa, etc.) Es así que la jurisprudencia, ha sostenido el criterio acertado de que “la irresponsabilidad de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones,” sentando de tal modo el principio de que un acto es imputable directamente al Estado y lo hace responsable, en su caso, cuando es ejecutado por el órgano dentro de sus funciones o tareas, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales.

Gordillo afirma (2017, p.345)

Recordamos al efecto la distinción que hiciéramos entre “ejercicio de la función” y “ejercicio de la

competencia:” La segunda constituiría la actuación legítima, dentro del límite de las atribuciones del funcionario, mientras que la primera constituiría simplemente la actuación del funcionario dentro de las tareas a él encomendadas, sin interesar que su actuación sea legítima o ilegítima. Por lo demás, el derecho administrativo ya ha hecho un frontal rechazo del art. 36 del Código Civil a través de todas sus instituciones y en particular de la del acto administrativo.

Se ha aseverado así que un acto administrativo, aunque viciado, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente; obviamente, afirmar que el acto ilegítimo, dictado en extralimitación de las atribuciones del órgano que lo produjo, mantiene su condición de acto administrativo y no se transforma en un acto personal del agente que lo dicta, es repudiar lisa y llanamente aquella norma ya desuetuda del Código Civil. Por ende cuando el derecho establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales llamados “de lo contencioso-administrativo” en un juicio contra el Estado está admitiendo también, inexorablemente, que el acto viciado es o puede ser del Estado, propio de él, y no un acto personal del funcionario y a su vez, cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve, también se reconoce, sin duda, que el acto es del Estado y no personal del funcionario, a pesar del vicio que tiene. Por otra parte, en materia de “funcionarios de hecho” —aquellos que

tienen un nombramiento irregular— se admite también que sus actos son administrativos al fin.

Se puede aseverar entonces, que en el derecho público, es un error pensar que sólo los actos legítimos son propios del Estado y comprometen, por lo tanto su responsabilidad directa, por el contrario, también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su responsabilidad directa, cuando han sido realizados dentro del ejercicio aparente de la función encomendada al agente del Estado, sea dicha función regular o irregularmente ejercida, legítima o ilegítimamente manifestada.

1.6. Responsabilidad por el hecho de funcionarios y empleados

Actualmente, “por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte¹

¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31-10-03. Sancionada: 10-5-06. Promulgada de hecho: 6-6-06 –ley 26.097– capítulo I, art. 2º (Definiciones).

“Cuando el Estado toma a su cargo una función, asume la obligación de prestar el servicio respectivo en forma regular, de modo que responda a las garantías que quiso asegurar, por lo que debe realizarlo en condiciones adecuadas al fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución; principios estos que, si bien hallaron inicial fundamento en normas de derecho privado, resultan plenamente aplicables a las relaciones que se rigen por el derecho público²

Como explica Gordillo (2010, p. 546):

Los autores que distinguen entre “funcionarios” y “empleados,” con el alcance de que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos, y los segundos, por no realizar sino actividades materiales de ejecución, son sus dependientes, hallan fácil la distinción entre responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente.) En efecto, sostienen tales autores que existirá responsabilidad directa del Estado cuando actúa un órgano (“funcionario”) suyo; indirecta, cuando actúa un dependiente. (“Empleado.”)³³ Si bien la jurisprudencia nunca se ha definido claramente sobre el punto, pareciera ser que ésta es en el fondo la idea que a veces profesa; pero precisamente porque el punto no está claramente definido, es necesario analizar la corrección del criterio indicado.

Marienhoff (1970,p.717) afirma:

De ello se desprende que la tesis sostenida en la jurisprudencia y en buena parte de la doctrina,⁴⁹ de acuerdo con la cual el Estado puede ser responsable “indirectamente” —o sea, como empleador por el hecho de sus dependientes—

² CSJN, “Sanchis Ferrero, Julia Aurora y otros c. Corte Suprema de Justicia de la Nación”, S. 689, XXII, 20-5-92, Fallos: 315:1059.

por los actos o hechos de sus agentes, es insostenible desde el punto de vista conceptual: La responsabilidad existe, pero no es “indirecta,” sino “directa.

En igual situación puede encontrarse en algunos casos el personal “contratado” de la administración Pública. En rigor de verdad, todos los que se desempeñen dentro de la Administración Pública lo hacen en virtud de una relación contractual, ya que es necesaria su voluntad para que ello ocurra; sin embargo, se ha generalizado en la práctica el denominar “contratados” a las personas que trabajan para la administración Pública no desde cargos o funciones permanentes, sino a través de convenios de duración limitada (uno o dos años) que no los incorporan a la carrera administrativa ni les otorgan estabilidad en sus empleos. Pues bien: “Un personal contratado puede encontrarse en dos status diferentes. En un caso, revisten como incorporados a los cuadros de la administración invistiendo una verdadera condición de funcionario o empleado público y, en el otro, aunque llamados a colaborar en la prestación de un servicio público mediante el contrato, no se les atribuye aquella condición. Resulta evidente que los contratados de la primera categoría... se hallan equiparados en un todo al resto del personal administrativo³

1.7 La jurisprudencia como constructora del modelo de responsabilidad estatal

En Argentina por el año 1933, con el caso “Devoto”⁴, admite la doctrina se logra fortalecer el reconocimiento del instituto en ámbito del derecho público argentino, si bien en aquella oportunidad utilizando normas y principios del derecho privado para justificar la obligación de responder por parte del Estado. El mismo tribunal de justicia, siguiendo ésta senda, dicta sentencia en la causa denominada Ferrocarril

³ Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 58: 305; 76: 202; 83: 226

⁴ CSJN “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación” . 22/09/1933

Oeste ⁵, revistiendo el mismo suma importancia, toda vez que el fundamento que brindó para responsabilizar al Estado fue la figura de la “falta de servicio”. En el primero de ellos se consolida la responsabilidad del Estado extracontractual, pero esta vez sustentada en una concepción objetiva y directa, sobre la base de la “falta de servicio” que encuentra anclaje en el artículo 1112 del antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield, al cual se recurriría en forma subsidiaria o directa de acuerdo con la interpretación que se efectuara de la norma y su vinculación al derecho público. Tal posición fue seguida por la propia jurisprudencia y logró recepción normativa en la actual ley, como también en los doctrinarios que redactaron el anteproyecto del Código Comercial que logró luego su sanción mediante la Ley N° 26.994, pero en lo que a la cuestión en estudio no logró su regulación en dicho texto, quedando diferida a una ley especial que atienda tal materia. En el fallo Barreto⁶ la Corte Suprema de Justicia de la Nación produce un aporte positivo a la controversia que luego resolverá el legislador con la sanción de la ley, al delimitar el concepto de “causa civil” cuando para la solución del pleito se remite a la aplicación de disposiciones de derecho común y, por lo tanto, no reviste tal categoría, la que pese a demandarse indemnizaciones con carácter civil, “se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o la revisión de actos estatales locales dados en ejercicio de las facultades que resultan del art. 122 CN”.

En la configuración y alcance de la responsabilidad estatal han existido distintas visiones; aquella proveniente del derecho privado que postula la regulación por las normas del Derecho Civil, de modo que le son aplicables la reparación plena e integral. Otra postura, está aquella que toma a la responsabilidad estatal como una

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios” (Fallos 182:5 del 3/10/1938)

⁶ Corte Suprema de Justicia de La Nación “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios.B. 2303. XL.21/03/2006. Fallos: 329:759.

problemática propia del derecho Público. “Para la Corte la responsabilidad del Estado es una materia propia del derecho público y, consecuentemente, es de naturaleza local, por lo que legislación y juzgamiento corresponde a las provincias y queda excluido del concepto de “causa civil” y de su competencia originaria”.

En el caso *Corporación Inversora Los Pinos*⁷, la Corte hizo lugar a la demanda de modo que se obligue a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a indemnizar debido a la revocación de la autorización por la cual se habilita un inmueble con la finalidad de ser utilizado como hotel alojamiento por horas. De esta forma la Corte entiende que no corresponde la indemnización por el lucro cesante. Estableciendo así que el daño emergente debía ser resarcido pero no los interés frustrados, todo esto en vista que como fundamento de ese acto, es el bienestar general.

En *Cantòn*⁸ el actor perseguía la indemnización por parte del Estado del lucro cesante respectivo, debido a que el decreto 2118/71 prohibía la importación de ciertos productos. De este modo, perjudicaba su tráfico comercial y le generaba importantes pérdidas. Vulnerando su derecho constitucional de Comerciar y su derecho a la propiedad.

Es así que en su pronunciamiento la Corte afirmó que la reparación debía atender el daño emergente de modo que se restaure el equilibrio patrimonial, excluyendo ganancias que se podrían haber obtenido en la reventa de los productos y de todo lucro cesante. La lógica jurídica que siguió la Corte, fue que al no existir normativa concreta al respecto se debía responder teniendo en consideración normativas

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (csJn), “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/9/1989 (Colección de Fallos de la Corte Suprema [Fallos], t. 312, p. 345), entre otros.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Canton, Mario Elbio c/ Nación”, 15/5/1979 (Fallos: 301:403)

análogas como el código civil, aceptando que la expropiación es la institución que más se asemeja al supuesto planteado.

En el caso *Sánchez Granel*⁹ el máximo Tribunal afirmó que correspondía el resarcimiento por lucro cesante, debido a la rescisión de un contrato de obra pública, de la parte actora con la Dirección Nacional de Vialidad. Rescisión que cabe señalar se produjo por motivos de oportunidad, mérito y conveniencia.

Es así que la Corte afirmó que “la legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo relevaba de la obligación de resarcir los años que de aquel se hubiesen derivado, y que no podía limitarse al daño emergente con exclusión de la de hacerse cargo del lucro cesante, es decir, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas”.

Además, afirmó que la reparación debía ser plena estableciendo que el lucro cesante no se trata de la mera posibilidad de ganancias no percibidas. Aseveró además que el resarcimiento podía encontrar obstáculo en otra disposición legal que sea contraria o por razones de fuerza mayor que hagan imposible la reparación integral. Se identificó además que la ley 13.064, si bien no contemplaba el caso en cuestión, si regulaba situaciones análogas en las cuales no se admitía la indemnización por lucro cesante.

En el fallo respecto al caso de *Motor Once S.A.*¹⁰ no se da lugar a la reparación del lucro cesante. Todo comienza cuando la actora inicia demanda en contra de la Municipalidad de Buenos Aires, pidiendo la nulidad del acto administrativo que le

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería s.a.i.c.f.i. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 20/9/1984 (Fallos: 306:1409).

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Motor Once, sac e l. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 9/5/1989 (Fallos: 312:649)

prohibía el expendio de combustible en su local comercial. Es así que la Corte entendió que al existir un evidente vacío en la normativa respecto a casos como el planteado, debía usar como herramienta el instituto de la analogía. Es así, que afirmo que la norma que guardaba mayor similitud con el caso planteado era la Ley Nacional de Expropiaciones n°21.499. De modo que todas aquellas cuestiones de responsabilidad estatal no podían ser solucionadas por normativa civil, sino que por el contrario, se entendió que existía una legítima afectación de derechos, en pos del interés público.

En el caso Juncalàn Forestal¹¹ la actora, propietaria de del campo denominado Tatita ubicado en el cuartel VII del distrito Rivadavia, la cual había realizado mejoras en la propiedad, siendo tierras efectivamente explotadas. Como consecuencia de los trabajos realizados por la Dirección Hidráulica provincial, que buscaban encausar los canales del río V, produjeron la casi total inundación de la propiedad en cuestión. Es así que la parte actora exige la reparación del daño emergente y lucro cesante correspondiente. Es así que la Corte se pronunció y dejó establecida “la improcedencia de resarcir el lucro cesante en los casos en donde el Estado responde por sus actos lícitos, realizados en ejercicio de facultades de Policía de Seguridad; ya que no resulta entonces de aplicación las normas del Código Civil.

Es así que según expresó la Corte “los daños derivan de actos imperativos que se producen en el ámbito de una relación de Supremacía general, vale decir, en todo caso, por razones de interés general de la comunidad”.

Es así que a primera vista, resultaría tentadora la idea de utilizar la analogía y aplicar la ley de expropiaciones. De modo que no se daría lugar a la indemnización por

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 23/11/1989 (Fallos 312:2266)

lucro cesante. Es así que el instituto de la expropiación no sería aplicable, toda vez que existen obstáculos insalvables, es así que primeramente, no se puede referirse a la privación de la propiedad, sino solo de su uso. Es así que los jueces entendieron que la justa solución del conflicto sería el de aplicar al caso, las reglas del instituto de ocupación temporánea, de modo que la actora debió ser indemnizada por el valor de uso, daños y perjuicios ocasionados al bien o la cosa ocupados y el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse en forma necesaria con motivo de la ocupación.

En el caso Jacaranda S.A.¹² se adjudicó por Decreto 2686/83 a la actora la licencia para la explotación de una estación de radio difusión sonora. Posteriormente, por Decreto 899/94 se dejó sin efecto la misma. De este modo la Corte Suprema confirmó la sentencia de la instancia anterior que rechazó la demanda de nulidad de acto administrativo y del resarcimiento de daños y perjuicios. Es así que según los votos de Maqueda, Zaffaroni, Argibay y Lorenzetti se pronunció estableciendo:

“Que la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés co-lectivo, se constituía en causa eficiente de un perjuicio para particulares, cuyo derecho se sacrificaba por aquel interés general, y que esos daños debían ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito¹⁴. También se recordó que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y si son consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado. Asimismo, se señaló que la extensión del resarcimiento debía atender a las características particulares de

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”, 28/5/2005 (Fallos 328:2654)

cada situación, entendiendo que no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante; y, analizando la concreta prueba producida en la causa, entendió que no se había probado en el juicio la concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”.

Por su parte, Highton de Novelasco indicó “que la indemnización en casos como ese debía ceñirse, en principio, al daño emergente. En relación a la admisión del lucro cesante en la indemnización debida por el Estado, recordando que esos daños debían ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito, estimó que, ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, era adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el artículo 16 CC excedía los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno”. Señaló que era inaplicable la teoría de la responsabilidad civil para fundamentar la procedencia de la responsabilidad estatal por actuación legítima, ya que cuando el Estado actúa conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre los actos ilícitos contemplados en las disposiciones civiles.

En el caso Zonas Francas Santa Cruz S.A.¹³ la parte actora ganó la licitación pública convocada por la provincia de Santa Cruz para la explotación de las dos zonas francas ordenadas mediante decreto 1583/96. El mismo dispuso dejar sin efecto al Decreto 520/95 por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. De modo que la parte actora lo impugnó considerándolo inconstitucional. Es así que la Corte expresó “para que se configure la responsabilidad por daños y perjuicios son requisitos

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - p.e.n. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 9/6/2009 (Fallos 332:1367)

ineludibles la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre la conducta fundamento del reclamo y el perjuicio invocado, y la posibilidad de imputar jurídicamente el derogado decreto esos daños a la demandada; y concluyó que la actora no había acreditado los daños solicitados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza necesario para la procedencia de su reparación”. Aclarando la Corte, que además quien alega que ha sufrido un daño, es quien tiene la carga probatoria. De modo que quien no acredita suficientemente el daño causado, tiene posibilidades de que su pedido sea denegado.

Finalmente, en el caso Malma Trading S.R.L. ¹⁴ por resolución 790/92, dictada por el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos. Dicha disposición prohibió la importación de motocicletas usadas. La actora promovió demanda, alegando que se debía reparar los daños derivados de esa decisión. Es así que la Corte suprema expresó: “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir –a través de él– finalidades de interés general o colectivo, y que la actividad del Estado debe haber producido una lesión a una situación jurídicamente protegida”. Es así que la Corte, se expidió estableciendo el deber de indemnizar el “anticipo a cuenta no recuperado”, en tanto que se acreditó en autos que la empresa pagó un 10 % del valor integral del contrato. Sin embargo, no se resarcó el daño emergente, ya que entendió que los mismos representan un riesgo propio del giro comercial. Justificando además dicha resolución al establecer que no existe un derecho adquirido por el cual, no se puedan modificar leyes o reglamentaciones.

1.8 Conclusiones parciales

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/5/2014 (causa M.1378. xlvii, ror).

Siempre se ha discutido doctrinariamente si la responsabilidad estatal encontraría su marco de regulación en el derecho público administrativo, o si, por el contrario, debería someterse al derecho civil o derecho común. Quienes bregan por una u otra postura, se basan en argumentos tales como que todo daño debe ser reparado sea cual fuese el sujeto culpable de ese evento dañoso; y quienes defienden la doctrina del derecho administrativo afirmarían, que el Estado no es cualquier sujeto de Derecho por lo cual, no se le pueden aplicar normas del derecho común. Por otra parte, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación no ha sido pacífica, respecto a la reparación por daños producto de la actividad lícita del estado. Es así, que en fallos como Los Pinos, Cantón y Motor Once se consideró que se debía resarcir el daño. Mientras que, por el contrario, en fallos como Sánchez Granel y Juncalàn Forestal, la Corte entendió basándose en el principio de Justicia distributiva, que no se debía indemnizar el daño.

Hoy en día, no existen dudas, la nueva ley de responsabilidad estatal y el nuevo código civil y comercial, establecen que las normas del derecho común no son aplicables a la responsabilidad estatal. Es así que deben regirse por la ley de responsabilidad estatal y predomina la posición doctrinaria administrativista que afirma que el Estado debido a su calidad e imperium no puede ser juzgado como cualquier particular.



CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA

2.1. Introducción

El ordenamiento jurídico actual en materia de responsabilidad estatal, constituido por la ley de responsabilidad estatal n°26.944 y el nuevo código civil y comercial establecen el carácter excepcional de la reparación de daños por actividad legítima del estado y el no resarcimiento del lucro cesante. De esta manera, para comprender acabadamente las consecuencias de dicha disposición es necesario adentrarse en los conceptos propios de la temática como a que se refiere la actividad lícita del estado y como se regula la misma en nuestro país.

2.2, Ley de responsabilidad del Estado

La normativa en cuestión, se refiere a los daños producidos por la “actividad o inactividad” que proviene del Estado Federal, es decir, la Nación Argentina. Plantea un sistema basado en la idea de la responsabilidad “objetiva” y “directa” desplazando la idea de culpa en la que se funda la generalidad de los ordenamientos privados. Las disposiciones del Código Civil argentino no se aplican para examinar este supuesto especial de responsabilidad, como tampoco se posibilita la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1°).

2.3. Ámbito de aplicación

Su ámbito de aplicación La delimitación de la persona pública estatal sobre la que se aplicará la ley es significativa, abarca a las del Estado nacional., no era aplicable a los

daños provocados por las provincias, la ciudad Autónoma de Buenos Aires ni los municipios, “ya que solo alcanzará” a la “responsabilidad del Estado nacional”. La ley sancionada se asienta entonces en la idea de que la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos no se encuentra entre las materias “delegadas” a la Nación, lo cual permitirá, por parte de los estados provinciales, dictar su propia regulación. La doctrina especializada, al delimitar cuáles son las administraciones públicas que quedan incorporadas al régimen federal de responsabilidad estatal, ha postulado que son aquellas que ejercen función administrativa stricto sensu, descartándose la aplicación del régimen jurídico a las personas públicas no estatales o a las sociedades del Estado. En estos últimos casos, el régimen de responsabilidad será el que proviene de la normativa del derecho privado.

Juan Carlos Cassagne (2017) al analizar el régimen jurídico de las formas societarias a las que puede echar mano el Estado, entiende que si bien el criterio básico para determinar la condición de persona pública estatal del ente es el de su encuadramiento o pertenencia a la organización administrativa, el mismo se concilia plenamente con el que atribuye carácter comercial a las sociedades anónimas cualquiera fuere su objeto, dado que “de acuerdo con su organización y régimen jurídico privastístico, estas no integran la administración, aun cuando el Estado posea la mayoría total o la casi totalidad de las acciones y el poder decisorio en la entidad”. En igual sentido, Mata (2014) entiende que las sociedades del Estado no forman parte de la descentralización administrativa porque estas no tiene como límite la personalidad pública estatal, por lo cual “están fuera del sistema orgánico de descentralización” y, tal carácter privado ha quedado confirmado ante la redacción de la ley concursal vigente que permite la declaración en concurso de las sociedades en las que el Estado nacional provincial o municipal es parte. Tal norma “excluye la responsabilidad subsidiaria del Estado”

2.4. Responsabilidad por actividad estatal legítima.

Cassagne (2017), en su trabajo en la Revista La Ley había indicado el autor que los recaudos que deben concurrir para asignarle carácter estatal a una persona jurídica pública, debían ser que la “entidad sea creada por el Estado”, que “pertenezca a los cuadros de la administración pública conforme a las normas vigentes sobre organización administrativa” y que “el Estado ejerza un control de tipo administrativo y contable sobre la entidad”. De tal forma “quedarían comprendidas dentro del concepto de persona jurídica pública estatal tanto las entidades autárquicas y empresas del Estado regladas por la Ley 13.653, como las entidades descentralizadas sujetas a un régimen jurídico especial que no responden a un tipo genérico determinado”, Desde otra mirada, se reivindica la aplicación del régimen del derecho público a tales organizaciones adoptadas por el Estado para llevar adelante determinados fines que se definen como estatales correspondiendo, en consecuencia, recurrirse a los principios del derecho administrativo cuando en las relaciones que entablen tales entidades no se encuentre una solución en su ordenamiento especial; de tal forma deberá acudir a la analogía con la legislación administrativa. Bajo esta último planteo resultaría viable someter a las sociedades del Estado nacional al régimen de responsabilidad regulado en la Ley 26.944, solución que también ha sido aceptada en el ámbito del derecho español al analizar la posibilidad de la responsabilidad patrimonial por los daños causados por las sociedades mercantiles cuyo capital pertenece íntegra o parcialmente a una administración pública.

Cassagne (2017) afirma:

El fundamento de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y los principios derivados de ella. Se trata de principios generales del derecho

pertenecientes al derecho natural, que han tenido recepción en el ordenamiento positivo constitucional (v.gr. igualdad ante las cargas públicas y “alterum non ledere”). (p.1).

El artículo 5 de la ley en cuestión establece el carácter excepcional de la responsabilidad por actividad lícita del Estado. Esto implica por una parte, establecer la excepcionalidad como regla y la valoración de aquellas conductas que si pueden dar origen a indemnización del daño. Es destacable afirmar que, esta no es una posición consolidada jurisprudencialmente, tanto es así, que la Corte Suprema se pronunciò de esta manera en una sola oportunidad.

Pero la restricción impuesta por la ley no solo se refirió al carácter excepcional de la responsabilidad por la conducta lícita, sino que, además estableciòn que la indemnización corresponde 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”. Además, declara improcedente el lucro cesante, cuya reparación no procede “en ningún caso”.

Según afirma Fernández (2016, p. 461)

Con estas limitaciones, la norma se sitúa en franca contradicción a la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema, que partió desde el desconocimiento del lucro cesante en materia extracontractual y la admisibilidad ante supuestos de responsabilidad contractual³⁰, hasta una indemnización plena consagrada en el precedente “El Jacarandá”, y luego ratificada en diversas oportunidades.

Por su parte Cassagne (2017, p.2)

Los requisitos que deben darse para que juegue la responsabilidad del Estado por la actividad legítima es el relativo a la especialidad del daño, lo cual no significa otra cosa que una condición del desequilibrio y comprende también los perjuicios causados a varios individuos, donde si bien puede haber una cierta generalidad, el daño puede ser soportado de un modo desigual respecto de otros miembros de la comunidad y dar lugar a la responsabilidad estatal.

2.5. Opiniones doctrinarias

La doctrina siempre es un buen recurso para comprender el estado del Derecho respecto a una determinada temática. Es así que las opiniones de los Juristas siempre representan una forma de ahondar en el tópico y encontrar posibles soluciones a una problemática.

Caputti (2009) afirma:

Dentro de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se pueden distinguir tres áreas de la intervención estatal en la economía, manifestada en el dictado de distintas regulaciones definidas de la siguiente forma: la relativa a regulaciones urbanísticas, la suscitada por obras públicas en general, y otra materia bancaria, financiera o cambiaria. (p.117).

Hasta la correspondiente sanción de la ley de responsabilidad estatal, muchos autores establecían que no era clara la solución planteada jurisprudencialmente.

Marienhoff (1991, p. 1080) señalaba:

Que se trata de una cuestión de fundamental importancia, que no había sido debidamente aclarada por la doctrina, y menos aún por la legislación. Sostenía que la jurisprudencia de la Corte Suprema al

respecto era contradictoria, ya que no respondía a conceptos claros, precisos y aceptables. Por ejemplo, entendía que en el caso “Sánchez Granel” se había hecho lugar al pago del lucro cesante, cuando en su opinión no correspondía, y en “Motor Once” se había rechazado, considerándolo errado, ya que el caso requería otra solución por la índole del derecho ahí agraviado.

2.5.1. Teoría de la fuerza expansiva

Comadira afirma (1996, p. 415):

Hasta la sanción de la ley sobre responsabilidad del Estado se discutía si los principios de expropiación eran de aplicación, a falta de norma que expresamente prevea el caso, a todos los supuestos en los que el Estado, en ejercicio regular de la función administrativa, lesionaba derechos de administrados, causando de esa forma perjuicios que estos no tienen obligación de soportar.

Comadira (1996) entendía que la actividad lícita del Estado, se extendía o expandía a la expropiación, actividad meramente estatal. Una segunda posición no admitía dicha fuerza expansiva y afirmaba que dicha actividad se encuadraba fuera de los institutos propios del derecho público y eran propios del derecho Civil.

Comadira (1996, p.620) señala al respecto:

De esta forma, entendía que la reparación por el daño causado al administrado, en el ejercicio de una actividad lícita, encuentra su fundamento en el derecho de propiedad, a la luz del principio de

igualdad ante la ley y las cargas públicas (arts. 16 y 17 CN). Por ello, el derecho de propiedad queda comprometido, toda vez que el accionar legítimo estatal que el administrado debe tolerar, genera un daño especial, cuyas consecuencias no es lícito que este soporte en beneficio común sin ser indemnizado. Por lo tanto, de no admitirse la reparación en estas situaciones quedaría violado el principio de igualdad ante la ley.

Es así que se ha afirmado que si bien la Constitución Nacional, establece el derecho a la reparación, no se ha señalado su alcance, de modo que no todo daño a la propiedad exige una reparación integral. En cuanto a las normas de derecho público, el artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, habla de indemnizar al administrado, pero no se refiere al alcance de esta reparación. Dispone que el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, “también podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

El artículo 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499 sí prevé la extensión resarcitoria, limitándola al daño emergente. Así, dispone que “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”.

Entre otras normas de derecho público que no reconocen el rubro lucro cesante cabe mencionar la primera Ley de Expropiaciones 189, la Ley de Obras Públicas 12.910, la Ley 13.064, el Reglamento de Contrataciones del Estado Decreto 5720/7 la Ley 23.554 que establece las bases jurídica orgánicas y funcionales fundamentales para la preparación, ejecución y control de la defensa nacional, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobada por Decreto 1023/01, y su reglamentación aprobada por el Decreto 893/12.

Por su parte, el código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1738 dispone: “Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. A su vez, el artículo 1742 establece: “Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable. Por su parte, el artículo 1261 del Código Civil y Comercial establece: “Desistimiento unilateral. El comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado; pero debe indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia “Sin embargo, hay otras normas que no aclaran el alcance de la reparación, como el artículo 730, inciso c) del Código Civil y Comercial que establece que la obligación da derecho al acreedor a “obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes

2.5.2. Teoría de la naturaleza del derecho lesionado

Marienhoff (1991) aseveraba que la reparación o no del lucro cesante, dependía en gran medida de la naturaleza del derecho lesionado. Es así que afirmaba que, si el derecho era de naturaleza común, debía atenderse a su resarcimiento. Por el contrario, si fuese administrativo, la reparación no tendría lugar.

Marienhoff (1991) afirmaba entonces, que:

En nuestro sistema la reparación del lucro cesante solo procedía –por principio– cuando la naturaleza del derecho agraviado era de naturaleza común (civil o comercial), pero no cuando era de naturaleza administrativa. Esto último, como criterio general, se refiere a la actividad lícita del Estado, en el que se excluye el pago de lucro cesante, toda vez que así lo requería la justicia distributiva, poniendo como ejemplo las distintas normas en el derecho público que no reconocen el pago del lucro cesante. En cambio, cuando es por actividad ilícita, también existe la obligación de resarcir el lucro cesante.

El autor en cuestión además establecía que el criterio mencionado, también debía ser utilizado en cuestiones de indemnización por daños en casos de revocación que tienen por motivación, la oportunidad, mérito y conveniencia que surgen de un acto o contrato administrativo y cuyo fundamento sea el interés general o la utilidad pública.

Como bien afirma Marienhoff (1991)

Las naturalezas administrativas se rigen por criterios de justicia distributiva, que es la justicia establecida por el Estado. Y en este tipo de justicia no rige el principio de reparación integral de daños y perjuicios. Por lo tanto, si se reconociera a título de indemnización o resarcimiento lo desmesurado, trasuntaría una actitud que desvirtúa la idea de justicia, porque quiebra el equilibrio pleno que ella supone. Entonces,

reconocer lo desmesurado o excesivo a favor del co-contratante vulnera la noción de justicia y desconocimiento de que tal tipo de prerrogativa le pertenece por principio al Estado

Es así que esta teoría además afirma que todas las disposiciones legales en materia de expropiación se aplican en materia de revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, pero no por analogía. Entendiendo que existe un régimen propio para la revocación de actos. Es así, que justamente una de las potestades del estado es la extinción de un derecho de propiedad de origen, cuando se encuentre fundado en razones de utilidad pública o bienestar general.

Existen otros autores, que, por el contrario, aseveran que la reparación del daño causado por el Estado. Aún por un accionar lícito, debe ser siempre indemnizado. Bianchi es uno de los autores enrolados en esta postura. Afirma que al igual que todo contratante el Estado debe reparar el daño causado, aunque dicha conducta pueda no ser calificada de “antijurídica”.

Es así que Bianchi (2008) al comentar el fallo “Sánchez Granel” indicó que;

El pronunciamiento mayoritario se ajustaba a la más moderna corriente jurídica según la cual ya no debía considerarse al Estado como un ente superior a las restantes personas del derecho y eximirlo, por tanto, de obrar debidamente y conforme a las mismas reglas a las que traban relaciones jurídicas con él, ya sean contractuales o extracontractuales.(p.270)

Cassagne (2017) por su parte, ha afirmado que el principio de la justa indemnización implica la indemnización de todo daño causado por el Estado aún por actividad legítima del mismo.

Esta reparación tiene como fundamento restablecer la igualdad y si bien, para el autor pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa y las de la distributiva, es erróneo identificar al derecho público con la justicia distributiva. No se debe entonces, dejar sin aplicación el principio de la igualdad ante las cargas públicas art. 16 de la Constitución Nacional ni el consiguiente deber de reparar. Es así que nadie está obligado a soportar un daño.

Perrino(2009) por su parte, que tanto el articulado de la Carta Magna, como de los tratados internacionales firmados por el país con jerarquía constitucional, reconocen la indemnización integral, pero que esto no obsta a que deba resarcirse en base a que nadie tiene el derecho de soportar el daño.

Perrino (2009) afirma:

Como regla el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación cuando el Estado ocasiona perjuicios por actuaciones lícitas, aunque no quita que pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso, ya que así como le parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que ello acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado, también lo estima así reconocerlo sin limitación alguna. Ello es así toda vez que la reparación no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado, quien no podría pretender que se le resarza más que el equivalente de

lo que en realidad pierde por la actuación estatal lícita
lesiva de sus derechos.

2.6. Tratamiento en el Código Civil y Comercial

El decreto 191/11 ordenó la creación de una Comisión para la elaboración del proyecto de Ley para la Reforma del Código Civil. Entendiendo que era necesario una renovación legislativa que permita cubrir vacíos legales imperantes en el viejo código de Vélez. Es así que a la Comisión le fue encomendada el ardua tarea de elaborar y redactar un nuevo código unificado, teniendo en cuenta la moderna tendencia de unificación el Derecho Privado.

Respecto a la responsabilidad del Estado, en el anteproyecto se incluyeron tres artículos al respecto. Dentro del título V : De otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, Sección 10.^a “Supuestos especiales de responsabilidad”, refiriéndose a la responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular de sus funciones (art. 1764), a la responsabilidad del funcionario y del empleado público (art. 1765) y, por último, a la responsabilidad del Estado por actividad lícita (art. 1766)⁶⁴. En relación a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, el anteproyecto del Código Civil y Comercial en su artículo 1766 disponía que “el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

Es así que como se puede observar, dentro del articulado citado, se expresa que no se deben violar el principio de igualdad reconocido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Es así que el proyecto del nuevo código receptaba el principio que asevera que la responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente y no del lucro cesante. Sin embargo, dicho principio poseía una excepción, en el caso en el cual se afectaba la continuación de una actividad, de modo que debían compensarse el valor de las inversiones que no han sido amortizadas.

Este último criterio se dirige en la misma línea de los últimos precedentes de la Corte Suprema reseñados, “El Jacarandá”, “Zonas Francas Santa Cruz” y “Malma Trading”, en el sentido de que el resarcimiento de ese rubro lucro cesante se acredite con cierto grado de certeza, y por lo tanto, se considere razonable para su giro.

Excluyendo todo lo expuesto anteriormente, el articulado fue reformulado al momento de la presentación del proyecto.

En tal sentido, el artículo 1764 quedó redactado de la siguiente forma: “Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Por su parte, el artículo 1765 dispone: “Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. Asimismo, cabe poner de relieve que el artículo 9 de la Ley 26.994 mencionada indica: “Dispóngase como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: [...] Cuarta: ‘La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones

será objeto de una ley especial.’ (Corresponde a los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

2.7 Conclusiones parciales

Como se ha podido observar en el presente capítulo no solo el accionar ilegítimo del Estado implica la obligación a indemnizar. Aquella actividad legítima que causare un daño según nuestro ordenamiento debe ser indemnizando de forma excepcional. Estimo, esta solución propuesta por la ley, si bien reduce análisis y costos para el propio Estado, no es acertada. Esto toda vez, que el daño emergente debería ser reparado teniendo en cuenta que nadie está obligado a soportar un daño. Por su parte, el lucro cesante es un rubro que debería ser cubierto, en tanto y en cuanto pueda probarse y acreditarse su existencia. Esta postura siguiendo además de las opiniones de juristas especializados, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en casos como Granel y Juncalán Forestal. Es así que la Jjurisprudencia ha reconocido la prohibición Constitucional a los hombres y al Estado, de perjudicar los derechos de un tercero lo que se encuentra «entrañablemente vinculado a la idea de reparación» (art. 19 de la CN).. Es así que como bien se ha afirmado, el daño genera una desigualdad entre el sujeto que debe soportarlo y el resto y en consecuencia debe ser indemnizado.



CAPÍTULO III

REPARACIÓN PLENA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL

3.1. Introducción

Muchos autores han establecido que la solución esbozada por la ley de responsabilidad estatal es claramente inconstitucional, debido a que vulnera el principio de reparación plena e integral regulada en la Constitución Nacional. Para poder analizar estas cuestiones y arribar a la respuesta del problema de investigación, primeramente, se debe ahondar en que implica la reparación plena e integral establecida en la Carta Magna.

3.2. Aproximación al principio de reparación plena e integral

Como explica Pizarro (2004, p.22)

La consagración jurisprudencial de la Corte del derecho a la reparación integral, fundado en normas constitucionales, representa sin dudas uno de los pasos más importantes en la protección de la víctima, coherente con la visión moderna de la responsabilidad civil, cuyo eje no puede girar en torno al dañador, sino que debe tomar como epicentro del sistema al damnificado.

Es así que la Corte en su labor jurisprudencial ha sostenido que el artículo 19 de la Constitución Nacional, enuncia el principio de prohibición de perjudicar los derechos de un tercero, es decir, el *alterum non laedere*, vinculado a la reparación del daño.

Por otra parte, en la causa Rodríguez Pereira¹⁵ se estableció “la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral ni tampoco si el resarcimiento –derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible”.

3.3. Conceptualización de la reparación plena e integral

Como afirma Pizarro (2004), el principio de reparación plena o integral no significa de modo alguno, que absolutamente todos los daños deben ser resarcidos. Asevera que no existe sistema legal en todo el mundo que disponga tal utopía. Ciertamente la reparación son se puede extender a extremos intolerables e irrealizables. Dicho principio es una construcción jurídica, que se asienta sobre dos premisas:

¹⁵ CSJN, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, R. 401. XLIII. REX.

- Son resarcibles en su totalidad aquellos daños que tengan una causalidad adecuada con el hecho que lo genera.
- Una vez que se establezcan cuales son los daños resarcibles, se invoca el principio de reparación plena e integral. Entendiéndose al mismo como una necesidad de razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación.

Como afirma Pizarro (2014, p.21)

En Argentina, el principio de la reparación plena o integral es una de las grandes columnas sobre las que se asienta el sistema de la responsabilidad civil. La Corte Suprema de Justicia suele hacer referencia a él como "el principio constitucional de la reparación integral, elevándolo al plano de derecho .constitucional, con todo lo que ello implica, particularmente a la hora de establecer la razonabilidad de sus limitaciones posibles.

3.4. Excepciones al principio de reparación plena e integral

Como explica Pizarro (2004), las excepciones a la reparación plena e integral son las siguientes:

- 1) A través de una limitación del tipo de perjuicios reparables, mediante la consagración de categorías de daños excluidos. Tal lo que sucede en materia de expropiaciones, con el lucro cesante y el daño moral.
- 2) Estableciendo límites cuantitativos para la indemnización de ciertos perjuicios, que podrán tener contenido variable:

2.1. Fijando un tope máximo, por encima del cual el sistema no reconoce valor jurídico a la obligación de resarcir. Este es el criterio que consagra el Código Aeronáutico (art.155 y 183), la Ley de la Navegación 20.094 (art.364) y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 (ratificada por ley 17.048).

2.2. Estableciendo una responsabilidad limitada al valor de ciertos bienes como sucede en las obligaciones propter rem o en materia de leasing y fideicomiso (ley 24.441).

2.3. Fijando una liquidación tarifada del daño y su medida, en base a parámetros distintos de los ordinarios. En este caso el quantum indemnizatorio es determinado sobre parámetros objetivos rígidos que prescinden de la concreta realidad del perjuicio a los fines de su resarcimiento. Esto determina que la indemnización tarifada pueda ser inferior o superior al daño que sería realmente indemnizable si se aplicaren los principios generales. Es el criterio que consagra la Ley de Contrato de Trabajo (art. 245, ley 20.744) para calibrar las indemnizaciones por despido incausado (antigüedad, omisión de preaviso), etc.

3.5. Objeciones a la reparación plena e integral

Muchos autores han esbozado su rechazo a la expresión “reparación integral”, entendiendo que sería mucho más propio hablar de reparación plena. Esto implica admitir que no se resarcen todos los daños causados, sino aquellos que así ordena la normativa correspondiente.

Para Pizarro (2004, p. 26)

Para quienes piensan de este modo, reparación plena es la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo

que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño. Así las cosas, la reparación tarifada sería también plena, pues aun apartándose del régimen general tendría la plenitud propia que el ordenamiento jurídico le otorga.

Es así que el concepto de plenitud como tal, no admitiría grados sino que una reparación sería plena en la medida que se condiga con el ordenamiento jurídico.

Otros autores, tal es el caso de Pizarro, rechazan dicha postura toda vez, que la misma se formula en base a una cuestión meramente formal. Es así que el sistema de daños se volvería una estructura, que en suma volvería a la excepción en la regla. De modo, que las razonabilidades de dichas soluciones importan una fractura en el sistema de reparación de daños.

3.6. Protección constitucional del derecho a la propiedad

Tanto la Constitución Nacional, como los tratados internacionales incorporados por ella, establecen la reparación plena e integral de todos los perjuicios producidos en el patrimonio. Es así que para autores como Cardaci Méndez (2016), el Estado debe reparar los daños que ocasiona por su actuar en forma integral, de otro modo se estaría vulnerando dicho principio. Violentando derechos como el de la propiedad (art.17) y la igualdad ante la ley (art.14) de nuestra Constitución Nacional.

El artículo 17 señala que: “la propiedad es inviolable” y que “ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada, quedando prohibida la confiscación de bienes”.

A su vez, en el artículo 16, después de disponer que todos los habitantes “son iguales

ante la ley”, se establece que: “... la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Para algunos autores, la tutela constitucional previamente esbozada, no implica ni es suficiente para establecer la exigibilidad de la reparación integral en cualquier supuesto.

La Corte ha conceptualizado el derecho de propiedad en los términos del art. 14 y 17 e la C.N. comprende: “... todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”.

Cassagne por su parte, asevera:

Los derechos contractuales que posee el contratista constituyen verdaderos derechos de propiedad protegidos por la garantía constitucional que consagra el artículo 17, CN, en los siguientes términos: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.
Agrega como ejemplo a los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho

a una sepultura) o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de los particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, electricidad, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17, CN, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio y entiende que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones.

3.7. Derecho Constitucional a la reparación

Como afirma Cardaci Mèndez (2016) en la Constitución Nacional no existe, si bien existen normas específicas referidas a la indemnización con motivo de daños a derechos como las contenidas en los artículos 15, 17 y 41 de la Constitución, una disposición que consagre y disponga en forma expresa el derecho a reparar.

Ante la ausencia de una normativa que consagre la reparación integral, existen posturas doctrinarias inferidas de algunos precedentes de la labor jurisprudencial de la Corte, que establecen el principio reparación del daño basado en la regla de alterum non laedere. El cual dichos autores podría ser inferido del primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional.

Otros fallos de la Corte hacen referencia al artículo 17 de la Constitución Nacional o bien, justifica la reparación debido a que se encuentra involucrada la Seguridad Jurídica.

Finalmente para Cardaci Méndez El derecho a una reparación es un derecho perfectamente extraíble de los artículos 17, 41, 75, inciso 22 o 33 de la Constitución Nacional y del artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)-

3.8. Tratados internacionales y derecho a la reparación

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 21 y con relación al derecho a la propiedad privada señala que: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el 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”. A su vez el artículo 63 establece que: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La Corte Interamericana de Justicia ha elaborado su criterio propio respecto a la indemnización del daño, aseverando que “los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor” y que “la justa indemnización debe proveerse en términos suficientemente

amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida. Segundo, la indemnización tiene naturaleza compensatoria, no punitiva”¹⁶

Establece además que la indemnización “La indemnización comprende los daños y perjuicios materiales y el daño moral. El daño material emergente está constituido por las consecuencias patrimoniales que derivan directamente de la violación, y el perjuicio, por el lucro perdido, una expectativa cierta que se desvanece como consecuencia de la violación cometida”¹⁷

Con respecto al lucro cesante la Corte se ha pronunciado estableciendo “que se ha entendido que equivale al monto de los ingresos que las víctimas o sus sucesores reciban a lo largo de su vida laboral si no hubiese ocurrido la violación a sus derechos y que es variable y depende de las circunstancias del caso”¹⁸

Con respecto a los principios propios de la reparación de daños ha aseverado “los daños materiales resarcibles comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante y que ellos deben ser apreciados en forma prudente y que debe aplicarse el criterio de “mayor beneficio” que confiera la legislación del Estado responsable a sus nacionales y el de la indexación o conservación del valor real de la suma estipulada”¹⁹

Como se puede observar, el criterio de la CIDH es amplio, reconociendo el derecho a la reparación plena e integral. Cabe recordar, que, con la reforma constitucional del año 1994, todos los Tratados de Derechos Humanos, comienzan a gozar de jerarquía

¹⁶ Conf. Corte IDH, “Velásquez Rodríguez”, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (artículo 67, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C, Nº 9, párr. 27

¹⁷ ¹⁷ Conf. Corte IDH, “Velásquez Rodríguez”, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (artículo 67, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C, Nº 9, párr. 27

¹⁸ Conf. Corte IDH, “Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam”, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C, Nº 15.

¹⁹ Conf. Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez”, op. cit., párr.38.-

constitucional. Esto implica que todos los jueces de Argentina, deben seguir los criterios esbozados en los Tratados en los cual nuestro país es parte.

Como asevera Cardaci Méndez (2016, p. 35):

Las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan de aplicación en nuestro ordenamiento interno, recordemos que la jurisprudencia de dicha Corte debe servir como guía para la interpretación de la Convención en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho Tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales.

Al Poder Judicial en su conjunto también le compete ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que en el tema que nos ocupa toma mayor relevancia atento a las colisiones constitucionales apuntadas entre el ordenamiento interno que pretende ilegítimamente cercenar el derecho de propiedad del contratista estatal y las normas constitucionales y supra legales involucradas.

3.9 Conclusiones parciales

Estimo que es propio referirse a la reparación plena e integral, toda vez que con estos términos se hace referencia a la cobertura total de los rubros indemnizables. Es así que, si bien existen principios constitucionales que protegen la igualdad en las cargas públicas y además la protección de la propiedad privada, no se puede inferir que la Constitución exija una reparación plena e integral. Por su parte, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dado lugar a rubros indemnizables como el daño emergente y lucro cesante. De esta forma, cabe recordar que, con la reforma constitucional del año 1994, los Tratados de Derechos Humanos poseen jerarquía Constitucional. Es así, que mal puede un Juez de cualquier instancia en Argentina, contrariar o vulnerar los principios consagrados en un Tratado Internacional. Vulnerando así la Supremacía Constitucional y los principios en ella vertidos. Estimo, no se puede pregonar una doble personalidad del Estado, sino que La plataforma jurídica para hacer lugar a la reparación de un sacrificio especial la encontramos en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes somos iguales ante la ley, así como en el artículo 17 que proclama la inviolabilidad de la propiedad. Esta claro que quien padece un daño especial tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que el Estado le ha ocasionado, partiendo de la base que ese perjuicio se ha generado en beneficio de todos.



CONCLUSIONES FINALES

La responsabilidad del Estado, ha sido siempre un tema entreverado para la doctrina. Aún si se observa la vasta y exhaustiva labor jurisprudencial, encontrará parámetros opuestos al respecto. Estimo que lejos de establecer si en casos de responsabilidad estatal, se deben aplicar normas del derecho común o del derecho público, toda la atención debería dirigirse a la acreditación del daño. Esto es, a si existe el daño en cuestión y que rubros resultan indemnizables. Afirmino esto, toda vez que, lejos quedaron las antiguas discusiones de si debería aplicarse el código civil o el derecho administrativo. Toda vez que la existencia de la ley de responsabilidad estatal n°26.944, y la sanción del nuevo código civil y comercial despejan toda clase de dubitaciones. Se establece entonces lo que se ha denominado “cláusula de doble cierre” , en donde ambas normativas, remiten al derecho administrativo y niegan aplicación del derecho común.

Por su parte, el artículo 5 de la ley de responsabilidad estatal, establece que cuando exista daño por una actividad legítima del Estado, se indemnizará de manera excepcional en daño emergente y nunca el lucro cesante.

Por esto el problema central de este trabajo es ¿ Es constitucional el art. 5 de la Ley 26.944 en cuanto restringe la responsabilidad estatal por actividad legítima se repara de modo excepcional y en ningún caso se repara el lucro cesante?.

Considero que la solución planteada por la normativa de reparar excepcionalmente el daño emergente y nunca el lucro cesante por actividad legítima del Estado, no es constitucional. Toda vez que, en principio basándose en el art. 19 primer párrafo nadie está obligado a soportar un daño y por otra parte, debido a que se vulneran Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Convención Americana de Derechos Humanos) como así también en algunos casos en concreto el derecho a la propiedad (art.17 de la C.N.) y la igualdad (art. 14, C.N.).

Es cierto también, que el Estado no puede indemnizar todo tipo de daños. Esto no sería una solución lógica ni acertada. Pero es cierto también, que cuando el daño sufrido ha sido correctamente acreditado y en algunos supuestos, debería indemnizarse el lucro cesante. Resulta un injusto, que se plantee una solución tan general, como la expresada en el artículo 5 de la ley 26944, que no permita el análisis en concreto de la situación.

Como se ha advertido a lo largo del trabajo la jurisprudencia de la Corte Suprema no fue pacífica al respecto, de este modo, en fallos como Pinos, Cantón y Motor Once, se consideró que no se debían resarcir el lucro cesante por la actividad lícita del Estado. Mientras que, en sentencias como Sánchez Granel o Juncalàn Forestal se pronunció a favor de la reparación por parte del Estado del lucro cesante.

Es importante destacar, que bien lo aseveró la Corte, la carga probatoria respecto a la existencia del daño, en lo que a lucro cesante se refiere, siempre le incumbe a quien alega haber sufrido el daño. Resulta evidente que si dicho daño no se puede acreditar de manera suficiente se denegará el resarcimiento correspondiente.

Estimo que la solución propuesta en el anteproyecto del código civil y comercial era superadora. Toda vez que afirmaba si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro cuando se afecte la continuación de una actividad”.

Por todo lo expuesto, estimo que los jueces en última instancia, son los que deberían atender a los casos en particular, estableciendo el alcance de la indemnización, admitiendo la reparación, cuando resulte injusto no hacerlo. De ninguna manera, mi argumento se direcciona a reparar en todos los casos el daño emergente o el lucro cesante. Sino que, estimo que debiera atenderse todos esos casos, en los cuales la particularidad del devenir de los hechos, reconoce que no reparar estos rubros sería cometer una injusticia. De esta manera, establecer un articulado que directamente descarte dicho resarcimiento estimo, es una solución muy injusta.

Respecto a la tradicional teoría del aplicar el art. 10 de la Ley de expropiaciones (21.499), considero que existen casos particulares en donde si bien, se puede establecer que ambos daños surgen del accionar lícito del Estado, no son asimilables. Toda vez, que el daño no implica todas las veces una privación de la propiedad. Dicha analogía tan usada en el pasado ha caído en desuso toda vez que no siempre las situaciones son semejantes.

De ningún modo se puede admitir, un Estado irresponsable, entendiendo que por regla general el daño debe ser resarcido, teniendo como fundamento el principio de alterum non laedere.

Cuando se extinguen los derechos del administrado o se vulneran los mismos, generando un daño, este debe ser resarcido y de un modo integral y pleno. Con integral y pleno, se hace referencia a que, en el caso en concreto, se debe comprender el alcance de la indemnización.

Es razonable que ningún ordenamiento del mundo repare todos los daños causados. Esto no es solo ilógico sino además incoherente. Pero si estimo, que caso en particular posee diversas dimensiones, en las cuales quizá el no indemnizar el daño emergente o el lucro cesante, resulte un injusto intolerable. Más aun cuando según principios del Derecho, nadie está obligado a soportar un daño. La plataforma jurídica para hacer lugar a la reparación de un sacrificio especial la encontramos en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes somos iguales ante la ley, así como en el artículo 17 que proclama la inviolabilidad de la propiedad. Está claro que quien padece un daño especial tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que el Estado le ha ocasionado, partiendo de la base que ese perjuicio se ha generado en beneficio de todos.. Estimo que el juez es quien debe en última instancia establecer si el daño debe ser resarcido y en tal caso el porcentaje correspondiente.

Referencias

- Bianchi, A. B. (2008) Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado. *Revista Jurídica Argentina El Derecho*
- Caputi, M. C.(2009) La responsabilidad del Estado en Argentina. Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad. *Revista de Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana. Vol. 117*
- Cassagne, J. C. (2015) El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado, ¿justicia conmutativa o distributiva? *Revista Jurídica Argentina*

- Comadira, J. R.(1996) Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,
- Diez, M.M. (1971) Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Buenos Aires. Editorial Plus Ultra.
- Garcia Pulles F. R. (2016) LA responsabilidad del estado en el contexto del nuevo código civil y comercial de la nación. Buenos Aires. Editorial Universidad Nacional de Buenos Aires.
- Gordillo A. (2017) tratado de derecho administrativo y obras selectas. Buenos Aires. Editorial Fundacion Derecho Administrativo.
- Marienhoff M. S.(1991) Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Revista Jurídica Argentina La Ley, t. -C, 1080
- Marienhoff, M. S. (1991) El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia). Revista Jurídica Argentina El Derecho
- Marienhoff, M. S. (1997) Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires 6ta ed. Actualizada. Abeledo –Perrot.
- Perrino, P. E.(2014) La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la ley 26.944. Revista Jurídica Argentina La Ley. Suplemento Responsabilidad Civil y Seguros, 2014-xii, 31
- Perrino, P. E. (2009) La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante. Revista Jurídica Argentina Jurisprudencia Argentina, Doctrina,
- Pirola, M. D. (2014) La responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial y en la Ley sobre Responsabilidad del Estado. Revista Jurídica Argentina La Ley. Doctrina Judicial
- Pizarro, R. D. (2014) Responsabilidad del Estado por actos lícitos. Consecuencias ‘normales’ y ‘anormales’ de su actividad. Revista Jurídica Argentina La Ley

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios” (Fallos 182:5 del 3/10/1938)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/ daños y perjuicios. B. 2303. XL.21/03/2006. Fallos: 329:759
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (csJn), “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 19/9/1989
- Corte Suprema de Justicia de la Nación “Canton, Mario Elbio c/ Nación”, 15/5/1979 (Fallos: 301:403)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería s.a.i.c.f.i. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 20/9/1984 (Fallos: 306:1409).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Motor Once, sac e I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 9/5/1989 (Fallos: 312:649)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Jucalán Forestal, Agropecuaria SA. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 23/11/1989 (Fallos 312:2266)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimiento”, 28/5/2005 (Fallos 328:2654)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - p.e.n. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 9/6/2009 (Fallos 332:1367)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento”, 15/5/2014 (causa M.1378. xlvii, ror).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/12, “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, R. 401. XLIII. REX.

Legislación

- Còdigo Civil y Comercial de La Naciòn
- Ley Nacional de Expropiaciones n° 21.499
- Ley de Responsabilidad del Estado n° 26. 944
- Código Civil