



**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:  
REPARACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR  
ACTIVIDAD LÍCITA.**

Carrera: Abogacía – Universidad Empresarial Siglo Veintiuno

Alumno: Vaccalluzzo, Daniela Felisa

Nº de Legajo: VABG42877

Fecha: 17/11/2017

INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO I.....	7
ASPECTOS GENERALES.....	7
INTRODUCCIÓN .....	7
1- CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO .....	8
1.1 Responsabilidad civil y responsabilidad administrativa .....	8
1.2 Responsabilidad contractual y extracontractual .....	8
1.2.1 Responsabilidad extracontractual por actividad ilícita o lícita.....	9
2- EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	10
3- FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO .....	15
4-PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRACONTRACTUAL.....	16
4.1) El daño resarcible.....	17
4.2) Antijuridicidad del daño .....	18
4.3) Relación de causalidad adecuada.....	18
4.4) Existencia de un factor de atribución de responsabilidad .....	19
SINTESIS.....	19
CAPÍTULO II .....	20
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU OBRAR LÍCITO .....	20
INTRODUCCIÓN .....	20
1-EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO GENERADA POR SU ACTIVIDAD LÍCITA.....	20
1.1) Primera etapa: rechazo de la responsabilidad Estatal ante daños generados por su obrar lícito. .....	20
1.2) Segunda etapa: aceptación de la responsabilidad estatal extracontractual por su actividad legítima.....	21
2-FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ESTATAL POR SU OBRAR LÍCITO.....	23

3-PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA.....	24
3.1) La ausencia del deber jurídico de soportar el daño .....	24
3.2) El sacrificio especial .....	25
4-ALGUNOS DE LOS SUPUESTOS MÁS RELEVANTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR SU ACTUAR LÍCITO. ....	26
4.1) Responsabilidad por cese de permisos.....	27
4.2) Responsabilidad por ejecución de obras públicas.....	28
4.3) Responsabilidad por disposiciones monetarias, cambiarias y de comercio exterior.....	29
CONCLUSIONES PARCIALES.....	31
CAPÍTULO III.....	32
REGULACIÓN ARGENTINA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO .....	32
1- EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: ANÁLISIS DE SUS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	32
2 LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	33
2.1 Algunas consideraciones iniciales.....	33
2.2 Ámbito de vigencia territorial y material de la ley nacional de responsabilidad del Estado...	34
2.3. Responsabilidad estatal objetiva y directa.....	35
2.4 La inaplicabilidad de las normas del Código Civil .....	35
2.5 Requisitos exigidos por la ley en la responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado.....	36
2.6 La extensión del resarcimiento determinada en la LRE en los casos de responsabilidad por actividad lícita del Estado .....	38
2.6.1 Introducción .....	38
2.6.2 Alcances de la indemnización por responsabilidad lícita en la LRE.....	38
BREVES CONSIDERACIONES .....	42
CAPÍTULO IV INDEMNIZACIÓN EN CASO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA .....	43
1- INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA .....	43
2- DISTINTAS TESIS SOBRE LA TEMÁTICA: AMPLIA Y RESTRICTIVA .....	43
3- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD ESTATAL POR SU OBRAR LÍCITO.....	45

4- LA CUESTIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL .....	50
CONCLUSIÓN .....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	57
JURISPRUDENCIA .....	59

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado puede dividirse en contractual y extracontractual. Esta última es aquella que no surge de una violación contractualmente contraída sino de una conducta de los órganos del Estado que no refiere a un acuerdo previo de voluntades con quien resulta perjudicado.

Así, la reparación del Estado puede originarse por un hecho, un acto o una omisión de un órgano del Estado (sea Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial), pudiendo el mismo verse obligado a responder por su actividad lícita como por su obrar ilegítimo.

La temática de la Responsabilidad del Estado, y en particular, el quantum indemnizatorio por responsabilidad estatal por actividad lícita presenta una larga e interesante evolución en Argentina, donde en sus orígenes primaba la irresponsabilidad del Estado para luego ir evolucionando, abriendo camino, a través de la doctrina y jurisprudencia a la responsabilidad del mismo, tanto por su obrar lícito como ilícito.

Esta evolución ha generado no pocos interrogantes, partiendo de la escasa normativa existente en el país, donde la jurisprudencia tuvo un papel fundamental en cuanto a la elaboración de criterios sobre la responsabilidad estatal, así como también sobre el quantum indemnizatorio que correspondiere en caso de darse la misma.

En cuanto a la regulación normativa, la Responsabilidad Estatal a nivel nacional se encuentra tratada en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. A nivel local, la ley nacional, invita a las provincias a su adhesión.

El propósito del presente trabajo es describir la temática de la Responsabilidad del Estado por su obrar lícito y determinar si existe un derecho constitucional a la reparación integral en caso de presentarse dicha responsabilidad estatal.

Para ello, el desarrollo del TFG estará distribuido en cuatro capítulos. El primero de ellos tiene una función introductoria de la temática, donde se analizarán los presupuestos, fundamentos sobre los que se asienta la responsabilidad estatal y su evolución a nivel doctrinario y jurisprudencial en el país, seleccionando los antecedentes más relevantes que dieron sustento al régimen jurídico actual.

El capítulo II estará dedicado específicamente a la consideración de la Responsabilidad del Estado por su obrar lícito.

En el capítulo III se expondrá la normativa específica existente en Argentina, sobre Responsabilidad del Estado, considerando como han sido receptados los diferentes aspectos de la temática en cada una de estas regulaciones, efectuando un análisis crítico de las mismas. para luego en el capítulo IV hacer especial referencia a la cuestión del quantum indemnizatorio, haciendo un recorrido por sus principales tesis doctrinarias y criterios jurisprudenciales más relevantes, para así con el desarrollo logrado en cada uno de los capítulos anteriores, responder al interrogante de que si existe un derecho a la reparación integral por Responsabilidad del Estado por su obrar lícito, o si en todo caso esa reparación puede verse mermada en consideración a la existencia de fundamentos que la limiten, elaborando así una conclusión final sobre el tema adoptando una postura fundada.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS GENERALES**

#### **INTRODUCCIÓN**

*“Es tremendamente difícil hacer dogma o racionalismo a partir de una materia que ha sido tratada a piacere por la jurisprudencia argentina y sobre la cual no existe una norma nacional que la dote de un régimen jurídico claro e indiscutible ni una doctrina conteste, pacífica que redondee sus bordes y quite peligro a sus aristas filosas”* (Trigo Represas & López Mesa, 2004, p.1).

Con esta frase inicio este camino, por momentos desconcertante, pero también desafiante, que incentiva a abordar una temática sobre la cual, a lo largo de su evolución han surgido, y todavía coexisten, criterios antagónicos en muchas de sus aristas.

Se trata de una materia que ha ido desarrollándose en base a elaboraciones jurisprudenciales, y como tal, ha avanzado de manera cambiante, un tanto desprolija e imprevisible, y con fundamentos y criterios diversos en cuanto a la posibilidad de atribuir responsabilidad al Estado y en su caso la extensión del resarcimiento que se genere en consecuencia.

A lo largo de este capítulo se hará un recorrido introductorio de la temática correspondiente a la responsabilidad estatal, realizando un abordaje sobre los puntos de la materia que resultan esenciales para el abordaje del presente trabajo y que van a servir para ir abriendo paso al tratamiento de los temas de los posteriores capítulos.

Primeramente, se hará una breve clasificación de la responsabilidad estatal, luego se expondrá un recorrido por la evolución jurisprudencial que ha tenido la materia a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para luego detener el estudio en los fundamentos y presupuestos de la responsabilidad estatal, haciendo especial referencia a la responsabilidad extracontractual, que será la base de estudio del presente trabajo.

## **1- CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

### **1.1 Responsabilidad civil y responsabilidad administrativa**

La responsabilidad del Estado puede clasificarse de distintas maneras, según el punto de vista que se tome en cuenta.

Una primera clasificación general, que toma como punto de partida la subsunción normativa del hecho dañoso en un régimen de derecho privado o de derecho público, permite dividir la responsabilidad estatal en civil -o de derecho privado- o administrativa -o de derecho público-.

El Estado puede así ser declarado responsable por un hecho dañoso al patrimonio de los particulares por su actuación en el campo del derecho civil y comercial (como por ejemplo los actos de comercio con bancos oficiales o actos de gestión de bienes de dominio privado del Estado). Se tratará aquí de una responsabilidad directa basada principalmente en la noción de culpa; o bien puede generarse responsabilidad por el actuar del Estado en su función administrativa, quedando la misma regida por los principios del derecho público (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

### **1.2 Responsabilidad contractual y extracontractual**

Esta clasificación toma en cuenta el hecho generador de la responsabilidad, según provenga o no del incumplimiento de obligaciones previamente convenidas. En el primer caso se configurará responsabilidad contractual y en el segundo extracontractual.

Cabe aclarar que ambos tipos de responsabilidad pueden generarse tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado, “puede existir –y de hecho existen- supuestos de daño contractual, tanto en materia de derecho privado como de derecho público, así como dentro del ámbito extracontractual, se dan casos de derecho privado y también en el público” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, p. 100).

Como introducción ya en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la misma puede definirse como aquella que no surge de una violación contractualmente contraída sino de una conducta de los órganos del Estado que no refiere a un acuerdo previo de voluntades con quien resulta perjudicado.



Así, la reparación del Estado puede originarse por un hecho, un acto o una omisión de un órgano del Estado (sea Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial), pudiendo el mismo verse obligado a responder por su actividad lícita como por su obrar ilegítimo.

Esto abre la posibilidad de una nueva clasificación de la responsabilidad extracontractual en lícita o ilícita, cuyas características generales se expondrán en el siguiente punto, para luego en capítulos posteriores, presentar de manera detallada las vicisitudes que presenta la temática de la responsabilidad extracontractual por actividad lícita, la cual es objeto específico del presente trabajo, para tratar luego en el último capítulo el interrogante central sobre la extensión del resarcimiento que la misma puede generar.

### **1.2.1 Responsabilidad extracontractual por actividad ilícita o lícita.**

El concepto de ilegitimidad, comprensivo de los conceptos de ilegalidad objetiva así como también la irrazonabilidad, se configura ante el cumplimiento irregular de la función administrativa del Estado; sustituyéndose aquí la noción de culpa -como presupuesto de la responsabilidad- por la falta de servicio, abarcativo del funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a leyes y reglamentos administrativos, el cual puede configurarse por acción u omisión –cuando exista un deber jurídico de obrar en determinado sentido- del Estado.

Y por el otro lado, se encuentra la responsabilidad extracontractual por actividad lícita que se configura ante intervenciones conforme a derecho del Estado, que permite responsabilizarlo por los daños provocados por tal actividad, con prescindencia de la noción de culpa, y que según Cassagne, se funda en el principio general de Derecho Público del restablecimiento del equilibrio para mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado (Cassagne, 2002).

Se busca de esta manera corregir el desequilibrio causado al administrado que soporta el daño, mediante una justa retribución.

La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, así como los alcances de la reparación que cabe por dicha actividad serán tratados en otros capítulos del presente trabajo, por lo que aquí sólo se menciona el tema a modo introductorio.

## **2- EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.**

Antes que nada, cabe destacar la importancia de este punto, ya que la evolución de la responsabilidad del Estado en Argentina es esencialmente jurisprudencial. Fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que a través de sus fallos –a falta de regulación sobre la temática- sentó las bases del sistema de responsabilidad de nuestro país.

Pueden aquí, según Trigo Represas y López Mesa (2004) distinguirse tres etapas, siendo válida en este punto la aclaración de que en la jurisprudencia nacional nunca tuvo recepción la tesis de la irresponsabilidad total del Estado. Si bien, como veremos en el desarrollo de las etapas antes mencionadas, al comienzo era muy limitado el ámbito dentro del cual el Estado tenía el deber de indemnizar, con el correr del tiempo y hasta nuestros días, el mismo fue paulatinamente acrecentándose.

**a) Primera etapa:** abarca desde la sanción del Código Civil hasta el fallo Devoto (CSJN, 22/9/33, “Tomás Devoto y Cía. c/ Gob. Nacional s/ daños y perjuicios”, JA, 43-416) en el año 1933, en el cuál el máximo tribunal admite la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado.

En esta etapa se distinguen los “actos de gestión”, es decir aquellos donde la administración actuaba, no como depositaria de la soberanía, sino en su calidad de “intendente de servicios públicos” o en los actos de gestión de su patrimonio privado, y que pertenecen al campo del derecho privado, donde existe igualdad de derechos entre las partes; y los “iure imperii” -o puros actos de autoridad- del Estado, que se encuentran en un ámbito de relaciones de poder, de subordinación, de desigualdad de derechos, es decir en el ámbito del derecho público; pudiendo el mismo ser demandado por los primeros.

En cuanto a los actos “iure imperii” el Estado no era responsable por los actos dañosos de sus empleados o funcionarios. Tampoco respondía por los hechos ilícitos de sus dependientes con fundamento en el art. 43 del Código Civil, ya que por este artículo no era posible la responsabilidad por hechos ilícitos de las personas jurídicas.

Sí era posible, en cambio, la “actio de in rem verso” en contra del Estado, visto como persona jurídica y siempre en el ámbito extracontractual, a fin de recuperar hasta el monto del provecho que, como consecuencia del acto ilícito, hubiera podido obtener, basándose en el “enriquecimiento sin causa”, tal como fuera señalado por Vélez en la nota al art. 43.

De esta manera, hasta el año 1933, se aceptaba la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, así como también la generada por sus actos de gestión, sean estos referentes a la intendencia de servicios públicos –como por ejemplo si agentes de Estado clausuran por error un establecimiento- o por la gestión de su patrimonio privado.

En cambio, no era posible reconocer la responsabilidad aquiliana al Estado por delitos o cuasidelitos, en base a los arts. 36 y 43 del Código Civil –en adelante CC- que impedían imputar los mismos a las personas jurídicas. (Cassagne, 2002).

**b) Segunda etapa:** comienza con el fallo “Devoto”, donde se admitió la responsabilidad indirecta y subjetiva del Estado con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del CC.

En este antecedente jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante “CSJN”, “consagró la responsabilidad aquiliana del Estado proveniente de daños que, en el caso fueron ocasionados por empleados de la oficina de telégrafos al incendiarse un campo que alquilaba la empresa “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A.” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, p.10).

El incendio del campo fue originado por las chispas que desprendía un brasero que utilizaban los empleados del Telégrafo Nacional en el campamento, quienes eran los encargados de unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo. Los daños en el inmueble fueron de tal magnitud que llevaron a la empresa citada a demandar al Estado Nacional por daños y perjuicios.

El máximo tribunal fundamentó su decisión entendiendo que el CC era aplicable al caso por considerarse supletorio del derecho administrativo, si éste no cuenta con normas especiales al respecto, y por la circunstancia de que, si los particulares están obligados a reparar los

daños que causan, el Estado, que es quien sentó esa norma, debe responder en iguales circunstancias, sin distinguir si sus actos son “iure gestionis” o “iure imperii”.

La Corte tuvo por acreditada la culpa de los empleados (elemento subjetivo) aplicando el 1109 del Código Civil –responsabilidad por acto propio-, pero a su vez extendió la responsabilidad al Estado, con fundamento en el art. 1113 CC, por considerar que el mismo era la persona bajo cuya dependencia se encontraban los autores del daño (responsabilidad indirecta), dejando sentado que la responsabilidad por acto propio no excluye la responsabilidad del principal por “*los daños que causaren los que están bajo su dependencia*” (1113 CC).

Como hasta ese momento, el art. 43 CC vedaba la posibilidad de una acción civil por indemnización, contra personas jurídicas –el art. 33 mencionaba al Estado como persona jurídica-, la CSJN, para eludir tal prohibición, aceptó su responsabilidad indirecta como ente ideal, en su condición de comitente o principal, por lo ilícitos de sus dependientes, por aplicación del 1113 CC (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

Otro antecedente jurisprudencial de trascendencia en la materia lo constituye el caso “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños e intereses”. Aquí se reconoció la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por los perjuicios causados por un error en la expedición de certificados registrales efectuada por el registro de la propiedad inmueble, y que eran indispensables para la escrituración.

En el caso, la provincia fue demandada por la expedición defectuosa de un certificado del Registro de la Propiedad en virtud del cual se realizó una compraventa que produjo daños al adquirente ya que el verdadero propietario del inmueble promovió contra aquel una acción reivindicatoria.

La novedad de este antecedente radica en que por primera vez se acude al art. 1112 CC para establecer la responsabilidad de la provincia por su falta de servicio, aunque relacionándolo con el art 1113 CC. Si bien la Corte, al fundar el caso en el art. 1113, mantiene el carácter indirecto de la responsabilidad estatal, la riqueza del mismo deriva de apoyarse en el art. 1112, trayendo al caso la teoría de “falta de servicio” para establecer la responsabilidad estatal.

Como bien señala Cassagne, este precedente exhibe principios de riqueza indiscutible, resaltándose allí que “la regla según la cual quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecida, siendo responsable de los perjuicios que causara su incumplimiento o su irregular ejecución, constituye una regla fundada en razones de justicia y equidad que debe tener aplicación en las relaciones entre el Estado y los administrados (Cassagne, 2002, p. 501).

**c) Tercera etapa:** es la etapa actual, de plena responsabilidad estatal. La CSJN, sin desconocer que hay principios propios que informan tanto al derecho público como al derecho privado, considera, que el Derecho es un complejo único e integral, que no puede dividirse en compartimentos estancos o aislados, por lo que es posible recurrir a las normas civiles en asuntos de derecho público (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

Es de destacar el fallo de la CSJN “Gunther c. Estado Nacional” de fecha 5/8/83, en el cual se afirma que “la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado con la idea de reparación, tiene raíz constitucional y (...) expresa un principio general que regula cualquier disciplina” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, p. 13).

Pero el hito más importante, con el cual se abre esta nueva etapa, es la sentencia de la Corte del año 1984, en el caso “Vadell Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”. Aquí el máximo tribunal entendió, con fundamento en el art. 1112 CC, que el funcionamiento defectuoso e irregular del Registro de la propiedad configuraba una falta de servicio, de la cual la provincia era responsable por los perjuicios de ello derivados.

La CSJN, con la nueva interpretación del art. 1112 con apoyo en la teoría del órgano, entendió que la responsabilidad del Estado no era indirecta, sino directa fundada en la idea objetiva de falta de servicio y que la responsabilidad indirecta establecida en el art. 1113 no era aplicable a la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público, como claramente expresa el fallo “En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se

compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas”.

Así, como señala el maestro Cassagne, la principal consecuencia que se desprende de la doctrina de “Vadell” consiste en el desplazamiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad, bastando para que se genere la misma, con acreditar el factor objetivo configurado por el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio. (Cassagne, 2002).

A partir de aquí queda consagrado el nuevo paradigma que entiende que la responsabilidad estatal extracontractual es directa –por aplicación de la teoría del órgano- y objetiva –porque se fundamenta en la noción de falta de servicio.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, es de destacar que la misma también fue producto de una evolución jurisprudencial, la que será desarrollada en el capítulo II del presente trabajo, atento a la especificidad del mismo sobre el tema.

En el estado actual de la temática, la responsabilidad del Estado tiene como fundamento cuatro pilares básicos, siendo los mismos: la división de la responsabilidad del Estado, según provenga de su actividad lícita o ilícita, con diferentes factores de atribución y extensión de la indemnización en cada caso; la consagración de la responsabilidad directa para ambos tipos responsabilidad; la noción de falta de servicio –y no la culpa- como factor de atribución de la responsabilidad por actos ilegítimos; y la introducción de los presupuestos necesarios para enervar la responsabilidad, a saber: 1- imputabilidad material del hecho u omisión generadores del daño, 2- conexión causal, y 3- ausencia del deber de soportar el daño. Este último requisito, en el caso de actividad legítima, para no ser excluida la responsabilidad estatal, el máximo tribunal ha exigido además, que el daño genere un “sacrificio especial” en el patrimonio de quien lo padece” (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

Dicho esto, se tratarán a continuación, los fundamentos y los presupuestos sobre los que se asienta la responsabilidad del Estado.

### **3- FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

El gran principio de responsabilidad del Estado, sustraído de la idea de culpa o falta en su accionar, no resulta de un fundamento único, sino por el contrario, encuentra sustento en varios principios, que la doctrina y jurisprudencia han sabido receptor.

La actividad del Estado, puede ocasionar perjuicios a sus administrados, quienes deben soportar las consecuencias dañosas derivadas de aquella, sin que puedan anteponer sus intereses particulares a los intereses públicos de la comunidad.

Siempre existe un riesgo de sufrir algún perjuicio por el accionar estatal, por el hecho mismo de su actividad, que debe cumplirse y es necesaria. Pero el Estado de Derecho adoptado por la Constitución Nacional impone que el propio Estado pueda ser responsabilizado por el resultado de sus actos que causen perjuicio a los particulares, obligándolo a resarcir las consecuencias dañosas derivadas de los mismos, siempre teniendo en mira, por supuesto, la prevalencia del interés público frente al interés particular, y en la medida que el resarcimiento sea razonable.

Dicho esto, en líneas generales, puede señalarse que, en definitiva, el fundamento general del cual deriva la responsabilidad estatal se encuentra en el complejo de principios que inspiran el Estado de Derecho, es decir, los principios de justicia, igualdad, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad privada e igualdad ante las cargas públicas, cuyo fundamento mediato se encuentra a la luz de la Constitución Nacional -en adelante CN-.

Dentro de este marco de ideas, cobran así especial importancia los principios derivados de las cláusulas contenidas en la Carta Magna, principalmente en sus arts. 16 y 17, de donde surgen los principios de igualdad ante las cargas públicas y el de reparación del sacrificio patrimonial impuesto por razones de utilidad pública, así como el art. 14 que reconoce el derecho de propiedad y su inviolabilidad en el art. 17, y los arts. 19 y 28 que receptan los principios de libertad y de razonabilidad respectivamente (Comadira, Escola & Comadira, 2012).

Para la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, los mismos residen – tanto en el derecho público como en el privado- en el deber general de obediencia a la ley y en la observancia de lo que ésta dispone. El Estado, que es quien ha sentado ese principio, debe ser el primero en

obedecerlo... hay un “responder sanción”, que funciona cuando el daño ha sido causado ilícitamente, pero esta materia está comprendida por otra más amplia, la del “responder distribución” que corresponde a todos los daños, hayan sido ilícitos o no (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., 1985).

“En definitiva, toda responsabilidad privada o pública remite su fundamento mediato a la Constitución y al Estado de Derecho democrático y republicano que ella instrumenta, constituyendo las leyes formales...la reglamentación en ese nivel, es decir, en el plano legal formal, de principios que, en rigor, la trascienden” (Comadira, Escola & Comadira, 2012, Tomo II, p. 1511).

#### **4-PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRA CONTRACTUAL**

La responsabilidad extracontractual del Estado, como ya se apuntó anteriormente, puede configurarse por su actuar lícito o ilícito; y en cada caso, para que se enerve la obligación del Estado de reparar las consecuencias dañosas de su actividad, es necesario que se configuren determinados presupuestos, algunos de los cuales son comunes para ambos tipos de responsabilidad, mientras que otros son propios o específicos de cada una de ellas.

La CSJN, en un primer momento, había precisado que para que proceda la responsabilidad por actividad lícita, era necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: existencia de un daño cierto, relación de causalidad entre el actuar estatal y los daños, y la posibilidad de imputar jurídicamente los mismos a la administración; agregando luego a través de sus fallos, dos presupuestos más a saber: la verificación de un perjuicio especial en el afectado y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

Por su parte, para que surja la responsabilidad estatal por actividad ilícita es necesario la concurrencia de los siguientes presupuestos: la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano estatal, en ejercicio o en ocasión de sus funciones; la falta o funcionamiento defectuoso del servicio, sea por acción o por omisión, debido al cumplimiento irregular de los deberes impuestos por las leyes –ilegitimidad objetiva-; la



existencia de un daño cierto para el administrado; y el nexo causal entre el hecho o acto administrativo y el daño causado a los particulares. (Trigo Represas & López Mesa. 2004).

#### **4.1) El daño resarcible**

Para que se genere responsabilidad, es necesario la existencia de un daño o perjuicio, es decir, la lesión a un derecho o interés jurídicamente protegido, un menoscabo o deterioro de los mismos, que deba ser reparado. Sin la existencia del mismo, no existe responsabilidad.

“El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. De ahí que se deriven tres notas que califican los daños causados a los particulares susceptibles de ser indemnizados por la Administración: Que el daño sea efectivo o real, y que afecte, lesionándola, a la esfera configurada por el haz de titularidades jurídicas de derechos e intereses legítimos de un determinado sujeto – o grupo de sujetos que van a ser titulares activos del derecho al resarcimiento... y que sea evaluable económicamente (Trigo Represas y López Mesa, 2004, pag 38).

Es necesario en este punto, determinar las características que debe tener el daño para ser resarcible, ya que no cualquier daño genera la obligación de reparar. Así, siguiendo a Trigo Represas Y López Mesa, puede señalarse que los caracteres necesarios para que el daño genere responsabilidad son: 1- Puede ser actual o futuro, pero debe ser cierto, excluyendo así los daños puramente eventuales; 2-debe encontrarse individualizado, es decir, no afectando por igual a todos los administrados; 3- puede afectar un derecho subjetivo o un interés legítimo, y debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, comprensivo del daño patrimonial como así también del daño moral, 4- debe existir entre el hecho o acto y el daño una relación de causalidad; 5- el evento generador del daño puede ser un hecho o un acto de la administración, un reglamento, una ley, una omisión de una autoridad, de un funcionario o de un empleado de la administración, por su actuación dolosa o culposa.

Sintetizando lo expuesto, para que el daño sea resarcible, el mismo debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable en relación a un particular o un grupo determinado de personas (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

#### **4.2) Antijuridicidad del daño**

Para que se configure la responsabilidad estatal, el daño generado, por su actuar lícito o ilícito, debe ser antijurídico, y no debe hallarse una causa de justificación como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, ya que en estos casos el Estado no debe responder.

Esta antijuridicidad es objetiva, no subjetiva, no deriva de que la conducta del autor del daño sea contraria a derecho, sino que el daño se convierte en resarcible cuando el perjudicado no tiene el deber de soportarlo (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

Es en este sentido que, por ejemplo, ante el deber del Estado de reparar las consecuencias dañosas derivadas de su obrar lícito, sufridas por un administrado y en la medida que se lo haya perjudicado de manera desigual con respecto a la generalidad de los demás integrantes de la comunidad, la obligación de resarcir se hace pesar equitativamente sobre todos ellos, quienes deben soportar por igual las cargas generadas en el interés común, con la indemnización debida al particular por su empobrecimiento, buscando con esto “equipararlo o igualarlo” a los demás.

#### **4.3) Relación de causalidad adecuada**

“El daño causado por el Estado, como cualquier daño, para ser indemnizable y comprometer su responsabilidad, requiere, además, la existencia de un nexo causal adecuado entre el acto imputable a la Administración y la lesión sufrida por el reclamante” (Trigo Represas y López Mesa, 2004, p. 47).

Así para que se genere responsabilidad, debe existir una relación directa e inmediata entre el daño y la conducta del Estado, esto es lo que se denomina “Relación de causalidad adecuada”, la cual debe ser acreditada por quien reclame la indemnización. De lo que se trata aquí es de indagar sobre la causa eficiente que origina el daño.

Si esa causación no existe no se genera la obligación estatal de resarcir o indemnizar el daño sufrido.

#### **4.4) Existencia de un factor de atribución de responsabilidad**

Para que el Estado pueda ser tenido como responsable, además de los requisitos explicados anteriormente, es necesaria la concurrencia de otro presupuesto que Cassagne llama “imputabilidad material” del acto o hecho, y otros autores como Trigo Represas y López Mesa denominan “factor de atribución”, que no es otra cosa que la posibilidad de imputar materialmente –subjetiva u objetivamente- el acto o hecho al Estado.

Es decir, que debe concurrir un “factor” que la ley repute idóneo para señalar quien habrá de ser responsable en cada caso.

Los factores subjetivos de atribución requieren la existencia de dolo o culpa del autor del hecho dañoso; en cambio los factores objetivos prescinden del requisito de voluntariedad, configurándose los mismos cuando concurren factores como el riesgo creado o la falta de servicio (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

#### **SINTEISIS**

Al haber realizado a lo largo de este capítulo una aproximación de la responsabilidad estatal en general, habiendo visto distintas clasificaciones propuestas por la doctrina, sus fundamentos y presupuestos, y su evolución jurisprudencial tomando en cuenta las sentencias de la CSJN, estamos en condiciones de profundizar ya sobre la temática específica de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, lo que será tratado en el capítulo siguiente.

El papel de la jurisprudencia fue fundamental en el desarrollo de la temática, siendo los fallos del máximo tribunal, los que marcaron las distintas etapas que fueron abriendo camino al reconocimiento de la responsabilidad estatal.

La aceptación de responsabilidad del Estado por su actuación lícita ha sido la más resistida, mereciendo la misma un capítulo aparte, por las aristas que presenta responsabilizar al Estado por su actuación conforme a derecho.

## **CAPÍTULO II**

### **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU OBRAR LÍCITO**

#### **INTRODUCCIÓN**

La responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado fue la que más resistencia tuvo a su reconocimiento, hasta finalmente ser aceptada.

A lo largo de este capítulo se irá trazando el camino jurisprudencial que parte desde un primer momento de rechazo de la misma hasta su posterior evolución y aceptación. Luego se expondrán los fundamentos específicos delimitados por la doctrina, en cuya base se sustenta su procedencia, así como también los presupuestos que se exigen para su existencia y por último, se expondrán algunos supuestos de procedencia de la misma.

#### **1-EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO GENERADA POR SU ACTIVIDAD LÍCITA.**

##### **1.1) Primera etapa: rechazo de la responsabilidad Estatal ante daños generados por su obrar lícito.**

Esta primera etapa se caracteriza por el rechazo de toda responsabilidad por los daños ocasionados en el actuar lícito del Estado.

Si bien en algunas oportunidades la CSJN había aceptado la procedencia de la responsabilidad estatal en estos casos, fundándose –entre otras- en razones de justicia y equidad, se había dejado claro que tales precedentes no autorizaban la generalización de ese principio.

Así quedó sentado en 1938, en los autos resueltos por el máximo tribunal “Establecimientos Americanos Gratry S.A c/ La Nación”, donde se dijo que “El ejercicio de un poder legal, como lo es el de crear impuestos, o modificar los existentes... puede ciertamente producir

perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernamental, en consideración de una garantía –la de la propiedad privada- que no puede interpretarse con semejante extensión”. Luego de ese pronunciamiento, la CSJN prosiguió negando la responsabilidad extracontractual por obrar lícito del Estado entendiendo, entre otros argumentos, que la garantía consagrada en la CN referente al derecho de propiedad queda resguardada frente al desapoderamiento directo y no extiende su alcance ante los perjuicios que puedan suscitarse en el ejercicio de poderes legítimos del Estado (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

### **1.2) Segunda etapa: aceptación de la responsabilidad estatal extracontractual por su actividad legítima.**

La segunda etapa, que cambia el criterio que venía sosteniendo la CSJN de rechazo de la responsabilidad estatal por su actuar legítimo, comienza con el decisorio recaído en los autos “Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires” del 26 de febrero de 1943, el cual se trataba de una indemnización reclamada por inundaciones producidas en campos de particulares por obras hidráulicas ejecutadas por la provincia de Buenos Aires.

En este caso, la Corte cambia su criterio, aceptando la responsabilidad estatal por su actuar lícito, sosteniendo que la misma tenía origen en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada consagrada en los arts. 14 y 17 CN, y que, a falta de disposición expresa, se debía recurrir a los principios generales del derecho y a disposiciones que rigen situaciones análogas.

Sostuvo en ese fallo el máximo tribunal que “La responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencia sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general... Ésta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía son llevados a regir los casos no previstos expresamente, pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan” (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

Luego de esta sentencia, si bien en algunos pronunciamientos fue reiterado este criterio, esta doctrina no fue seguida en los sucesivos fallos.

Fue recién en la sentencia recaída en los autos “Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Capital” donde la CSJN pasó a admitir invariablemente la responsabilidad estatal por su actuar lícito, “si el mismo no obstante infería lesión al ejercicio del derecho de propiedad *latu sensu*, amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional, lo cual tornaba inaplicable el principio del art. 1071 del Código Civil, por no tratarse del resarcimiento por un accionar ilegítimo” (Trigo Represas y López Mesa, 2004, p. 106).

Advirtió el supremo tribunal que el sacrificio impuesto al particular, en este caso, en beneficio de la comunidad, no era propio que fuera soportado sólo por aquel, ya que ello significaba el quiebre del principio de raigambre constitucional de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Carta Magna. La indemnización, así, venía a proteger la incolumidad del patrimonio del afectado por la actividad del Estado.

Es importante aquí destacar la idea que subyace a esta doctrina, en la cual se pone de relieve la materialización del bienestar general, el cual supone una relación armónica entre el interés individual y el bien común, procurando de este modo resguardar el derecho de propiedad sin que se neutralice la actividad estatal necesaria para el cumplimiento de sus fines.

En lo sucesivo, la CSJN se ha pronunciado en infinidad de fallos, sentando el principio que hace lugar a la responsabilidad por actuar lícito del Estado, cuando, aún inspirada en propósitos de interés colectivo, se vean afectados intereses privados –cuyos derechos se sacrifican por el interés general–, originándose el deber estatal de reparar, para devolver el equilibrio afectado (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

Para cerrar la evolución jurisprudencial, es de significativa importancia la síntesis que de este proceso realiza Fernando Sagarna, citado por Trigo Represas, en la cual se explica que “Reconocida, en primer lugar, la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, suficiente injusticia tuvo que pasar para que se dieran las primeras luces de la responsabilidad del Estado por su accionar lícito. Es que responsabilidad por daños siempre significó antijuridicidad, ilicitud... Aunque sí se reconocía el menoscabo causado, pero éste igualmente no era reparable, pues su causa se encontraba en un hecho lícito, o sea, respetuoso

de la normativa. Y, además, aceptar una especie de responsabilidad por una función ejercida “lícitamente”, rompía con los cánones y principios lógico-jurídicos establecidos. De ahí que “la aceptación de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos constituye... la más reciente conquista del Estado de derecho” (Trigo Represas y López Mesa, 2004, p. 107).

## **2-FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL ESTATAL POR SU OBRAR LÍCITO.**

El fundamento de la responsabilidad, se encuentra, según parte de la doctrina, tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado, en el deber general de obediencia a la ley, y en la observancia de lo dispuesto en ella. Esto significa el respeto del principio de no dañar a los demás, o “alterum non laedere”, y como es el Estado quien lo ha instituido, debe ser el primero en respetarlo.

Además, las exigencias que impone la justicia distributiva y la equidad determinan el deber del Estado de reparar las consecuencias dañosas ocasionadas por su accionar lícito, las cuales, en la medida en que perjudiquen de manera inequitativa y desigual a un particular afectado con respecto a los demás administrados, hace nacer el deber de indemnizar a aquel, para así lograr hacer pesar equitativamente sobre todos los integrantes de la comunidad el deber de soportar las cargas impuestas en interés común, restableciendo de esta manera la igualdad alterada (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

Otro sector de la doctrina sostiene que el fundamento de la responsabilidad por actividad lícita reside en las garantías de propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagradas en los arts. 14, 17, 16, 19 y 28 respectivamente, de la carta magna.

No es menor, en el campo de la responsabilidad por actividad lícita poner de resalto que la actuación del Estado, en los casos que sacrifica derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de interés público, es intrínsecamente legítima, aunque resulte dañosa. Cuando el Estado desarrolla su actividad lícita, por más que la misma devenga dañosa, ejerce regularmente su competencia, y como ha dicho la CJSN, en reiterados pronunciamientos “el Ejercicio del Estado de sus poderes propios no constituye, normalmente, fuente de

indemnización para los particulares, la cual, cuando se genera, responde, precisamente a principios públicos constitucionales” (Comadira, Escola y Comadira, 2012, T. II, p. 1521).

### **3-PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA.**

Los presupuestos de procedencia de la responsabilidad estatal por los daños ocasionados por su obrar lícito, y su correspondiente indemnización, además de los tres requisitos que comparte con la responsabilidad por el comportamiento ilícito, son : 1-La existencia de un daño cierto y actual, 2-la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio, y 3-la posibilidad de imputar jurídicamente dichos daños al Estado, a los cuales el máximo tribunal, y la doctrina han agregado dos presupuestos más, a saber: a) la ausencia del deber de soportar el daño por parte del sujeto pasivo, y b) la existencia de un sacrificio especial del afectado (Comadira, Escola y Comadira. 2012).

Atento a que los tres primeros requisitos han sido tratados anteriormente en el presente trabajo, a continuación, se expondrán solo los dos últimos.

#### **3.1) La ausencia del deber jurídico de soportar el daño**

Este requisito aparece en el fallo de la CSJN “Columbia Cía. Financiera c/ Estado Nacional”, y según Comadira, Escola y Comadira, hay aquí un error conceptual. El mismo refiere a la obligación de soportar o no, la conducta dañosa –no el daño, entendido como el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria-, configurada por el hecho, acto u omisión generador del perjuicio.

Así, como en la responsabilidad por actividad ilícita, el particular tampoco tiene el deber de soportar el daño, la diferencia radica en la existencia o no de soportar “la conducta dañosa”. En el caso de la actividad ilícita, el particular no tiene el deber de soportarla, mientras que, en la responsabilidad por actividad lícita, corresponde la obligación de soportar aquella conducta. Es decir, no hay que confundir la “conducta” dañosa con el “daño” mismo.

Así, a modo de ejemplo, un contratista no tiene la obligación de soportar el acto rescisorio ilegítimo, por el cual, si se configura, debe ser indemnizado. En cambio, sí tiene el deber de



soportar una decisión revocatoria tomada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con arreglo a la indemnización que garantiza la Constitución Nacional.

Otro claro ejemplo se configura con la expropiación, aquí el particular podría resistirse a un despojo estatal de su propiedad, pero no a una ley expropiatoria válida, es decir, tiene el deber de soportar dicha conducta, sin perjuicio de la compensación que por ello pueda generarse (Comadira, Escola y Comadira. 2012).

### **3.2) El sacrificio especial**

Este requisito se refiere a que el daño debe ser sufrido por una persona en particular o un grupo determinado, no debe ser generalizado a un grupo indeterminado.

Esta exigencia aparece en primer lugar como resultado los fallos de la CSJN “Graty”, “Los Pinos” y “Columbia”.

El sacrificio especial se vincula con el fundamento de esta responsabilidad contenido en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas, ya que la particularidad o singularidad del daño, recaído sobre uno o varios particulares determinados, comprometería dicha igualdad, si no se diera lugar a una indemnización.

Este presupuesto debe vincularse necesariamente con la razonabilidad y proporcionalidad del perjuicio que sufra el administrado en relación al normal sacrificio que supone la vida en comunidad. De ahí que la especialidad del daño deba referirse al perjuicio desproporcionado y desigual del particular que lo sufre con respecto a los demás administrados.

En definitiva, “la responsabilidad del Estado por su actuación lícita exigiría la convergencia de cuatro recaudos: daño, causalidad, imputabilidad y obligación de soportar la conducta dañosa, debiendo valorarse como factor de atribución a la irrazonabilidad que se generaría si no se indemnizara el perjuicio, valorada... en relación con las exigencias de sacrificios igualitarios impuestos por la vida en comunidad” (Comadira, Escola y Comadira. T. II, p.1525).

A lo cual cabe agregar que la Corte, ha precisado que esta responsabilidad del Estado por los daños derivados de su actuar lícito no debe ser entendida como la institución de un régimen de responsabilidad objetiva, por el cual bastaría la acreditación de requisitos objetivos como

el daño y el nexo causal con el actuar estatal para que se genere la obligación de indemnizar a los particulares. (Trigo Represas y López Mesa, 2004)

#### **4-ALGUNOS DE LOS SUPUESTOS MÁS RELEVANTES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR SU ACTUAR LÍCITO.**

Ha dicho la CSJN en el fallo “Román SCA c/ Estado Nacional” que “La responsabilidad del Estado por actos lícitos tiende a tutelar los derechos de quienes sufren algún sacrificio patrimonial con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas por las ramas legislativa o ejecutiva”.

Así, pueden ser ejemplos de actos lícitos que pueden generar daños que enerven la responsabilidad estatal, la realización de una obra pública que produzca algún daño, sin que se haya actuado negligentemente, como anegamientos de campos por obras de canalización para evitar inundaciones, tal como fue el caso “Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires”; o el supuesto de una persona detenida durante un proceso penal que luego resulta inocente, o un cambio repentino de la política económica, que puede ocasionar perjuicios en quienes realizaron negocios confiando en la política anterior, y la nueva le cambia radicalmente las condiciones del mismo (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

Así como los ejemplos citados, muchos son los supuestos concretos que pueden generar responsabilidad por la actividad lícita estatal. Entre otros se destacan: en cuanto a hechos o actos administrativos, la ocupación temporánea de tierras de particulares, la expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública, la revocación por razones de oportunidad o conveniencia cuando la misma observe las garantías constitucionales, la realización de obras públicas que impliquen una disminución del valor de inmuebles; o la generada por leyes o reglamentos, como por ejemplo leyes que establezcan monopolio de actividades, perjudicando a los particulares que hasta el momento venían ejerciendo dichas actividades, leyes o reglamentos que prohíben la importación de determinados productos para proteger la industria nacional o con otros fundamentos.

De todas maneras, hay que hacer la salvedad de que la lesión a los derechos del particular debe configurar un sacrificio especial para él, que exceda el sacrificio que el Estado pueda imponer a los administrados.

A continuación, se analizarán algunos de los supuestos más relevantes en los cuales el ejercicio legítimo del poder administrador puede generar responsabilidad, que por supuesto no agotan los casos en que la misma pueden generarse, y que además exceden el marco del presente trabajo.

#### **4.1) Responsabilidad por cese de permisos**

En este tema, el máximo tribunal ha entendido que en algunos casos no correspondía la responsabilidad estatal y en otros casos sí. Como ejemplo del primero, en los autos “Da Rocha, Faustino (su concurso) c/ Provincia de Tucumán”, donde se debatía la revocatoria anticipada de la explotación de un casino en la ciudad de Tucumán, atento a la entrada en vigencia de una ley provincial que prohibía todos los juegos de azar en la provincia, la Corte dijo que el gobierno provincial había ejercido mediante esta ley facultades que le son propias, comprendidas en el poder de policía que constitucionalmente le corresponde.

Entendió además que en este tipo de permisos existen motivos de revocación que excluyen toda responsabilidad estatal, y que, más allá de ello, tampoco correspondería una indemnización, atento a que los posibles daños que se ocasionarían, atento a que los mismos estarían representados por las ganancias que se obtendrían por el juego ilícito; así como también el hecho de que existieran ganancias anteriores, era un elemento fundamental al momento de reclamar los daños provenientes de la revocación.

Otro caso, pero ya donde la CSJN hace lugar a la responsabilidad estatal y la consiguiente indemnización, puede hallarse en el fallo “Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires” en el cual se reclamaba una indemnización por la revocación de un permiso por el cual se había autorizado a la actora a explotar un inmueble de su propiedad como albergue transitorio.

Aquí la Corte cambia en criterio expuesto anteriormente, haciendo lugar a la responsabilidad del Estado por su actuación lícita, y a su consecuente indemnización.

Se consideró que en este caso no era propio que el sacrificio impuesto a la actora en beneficio de la comunidad sea sólo soportado por aquella. Se entendió que razonar de otra forma sería

proceder en contra del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Por otro lado, se fundamentó la decisión de que al administrado le correspondía la indemnización, en que el interés general no autorizaba a los poderes públicos a disponer de la propiedad de los particulares, y que dicha reparación se imponía como garantía de inviolabilidad de la propiedad privada.

En cuanto a la indemnización en particular, la decisión hizo lugar sólo a la reparación de los daños que eran consecuencia directa e inmediata de la revocación, no así al lucro cesante (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

#### **4.2) Responsabilidad por ejecución de obras públicas**

A partir de los autos “Juan Laplacette y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, dictados en la década de 1940, el máximo tribunal comenzó a hacer lugar a la indemnización de aquellos afectados por la ejecución de obras públicas, haciendo nacer la responsabilidad del Estado – a falta de norma expresa- en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada.

En el caso citado, a raíz de la construcción de una obra pública, se había producido la inundación de un campo, inmueble que permaneció cubierto por las aguas durante cuatro décadas. Los propietarios accionaron por expropiación inversa, y la Corte ordenó abonar a los afectados el precio que se había determinado por las pericias, pero no se hizo lugar al lucro cesante reclamado por los actores, siguiendo la misma lógica que las reglas del daño por expropiación.

Luego, a partir del año 1982, se sucedieron numerosas demandas por resarcimiento de los daños producidos por un deficiente diseño y construcción de una obra hídrica –el canal Ameghino- en la provincia de Buenos Aires. A raíz de esta obra, se inundaron más de tres millones de hectáreas, y esto dio origen a miles de reclamos por daños extracontractuales por actividad lícita del Estado provincial.

El leading case fue el caso “Gómez Álzaga, Martín B. c/ Provincia de Buenos Aires”. Allí la Corte dijo que la realización de trabajos requeridos para el cumplimiento de los fines

estatales, si bien eran lícitos, esto no impedía la responsabilidad del Estado si con ellos se privaba a terceros de su propiedad o se lesionaba alguno de sus atributos esenciales.

Y en cuanto al resarcimiento, el máximo tribunal juzgó que “Corresponde reconocer como daños causados a un inmueble rural por una inundación provocada como consecuencia de hechos imputables a la demandada, la pérdida del beneficio neto de la producción... En cambio, no debe accederse al pedido del actor de indemnizar la pérdida del beneficio patrimonial derivado de la explotación de los campos durante el lapso en que continúen bajo las aguas...” (Trigo Represas y López Mesa. 2004, T IV, p. 132).

Años más tarde, fue resuelto un segundo caso, ampliatorio del caso expuesto, y que comprendía los daños producidos desde el primer decisorio y hasta 1985 y los futuros, partiendo el actor del carácter de cosa juzgada sobre responsabilidad que se había definido en el primero.

Esta vez, la Corte hizo lugar al reclamo por lucro cesante producido al propietario del campo afectado, “por culpa de las obras realizadas por la demandada tanto el correspondiente a los años 1981/85 cuanto al futuro, toda vez que este último aparece como un efecto aún no sucedido pero que se producirá con certeza objetiva, dentro del curso natural del fenómeno”. Pero también, el máximo tribunal, con fundamento en el incumplimiento de la gestión propia de uno de sus órganos, en el diseño y construcción de la obra, los cuales eran defectuosos, modificó la calificación inicial del fundamento generador de la responsabilidad, transformando el actuar estatal de acto lícito a incumplimiento irregular o cuasidelito (Trigo Represas y López Mesa, 2004).

#### **4.3) Responsabilidad por disposiciones monetarias, cambiarias y de comercio exterior**

En este tema, el criterio de la CSJN tuvo dos períodos. En el primero de ellos, no se hizo lugar a la responsabilidad estatal por cambios normativos.

Siguiendo este primer criterio, en el caso “Surr, Carlos c/ Gobierno Nacional” en el cual un cobrador fiscal demandaba al Estado por el cobro de un porcentaje de multas que se hicieran efectivas, pero que luego fueran condonadas, la Corte dijo que “el ejercicio por parte del gobierno de poderes propios del mismo, no puede, en principio, ser fuente de derecho e

indemnización para los particulares, aun cuando traiga perjuicio para éstos, porque de lo contrario el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernamental”.

Esta jurisprudencia fue modificada en la sentencia dictada en los autos “Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional” del 15 de mayo de 1979. Se demandaba aquí la nulidad y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por un decreto que prohibió la importación de yute y que afectó un crédito pagado con anterioridad. En dicho decisorio la corte argumentó que “esa actividad lícita e irrenunciable del Estado puede ser causa eficiente de daños a los particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales... el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (Art. 17)”.

En el caso, el tribunal aplicó por analogía las reglas de la expropiación, entendiendo por lo tanto que el resarcimiento cubría sólo los gastos de los contratos celebrados y de la mercadería abonada, no así el lucro cesante.

Luego, en fallos más actuales, como “Cirlafin SA c/ Estado Nacional” o “Revestek SA c/ Banco Nación”, la Corte modifica el criterio anterior, sentenciando que los administrados no tienen derecho al mantenimiento de pautas cambiarias adoptadas por el Estado, ya que no existe por parte de los particulares un derecho adquirido al mismo, y aunque con el cambio de las mismas resulte algún perjuicio, el Estado no puede ser responsable, porque no existe aquí lesión a una situación jurídicamente protegida. Esta actividad lícita del Estado no genera responsabilidad (Trigo Represas y López Mesa, T. 4, 2004).

## **CONCLUSIONES PARCIALES**

Los fallos de la CSJN han ido marcando las distintas etapas que transcurrieron, desde la irresponsabilidad estatal por su actuación lícita hasta su aceptación. A falta de normas expresas sobre la materia, los criterios del máximo tribunal fueron los que definieron los presupuestos y fundamentos para hacer lugar a la misma.

Si bien se ha avanzado notablemente sobre la temática de la reparación por responsabilidad estatal por su obrar conforme a derecho, es una deuda pendiente la discusión sobre los límites de esa reparación admitidos por la Corte, y por algunas leyes sobre la materia, como la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado.

Considero en este punto, que el legislador, tomando en cuenta los análisis doctrinarios y jurisprudenciales, debería definir un criterio uniforme que garantice la igualdad de los administrados en todo el territorio nacional, y que tome en cuenta este instituto y sus particularidades, a fin de garantizar una justa solución en los casos en que el Estado, actuando legítimamente produce daños a los particulares.

En el próximo capítulo será tratada la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal, donde el legislador nacional, receptó algunos de los criterios expuestos en el presente trabajo. Adelanto que es una ley posee limitaciones en cuanto a su vigencia territorial y material, y algunos puntos que merecen, al menos, una nueva consideración.

## **CAPÍTULO III**

### **REGULACIÓN ARGENTINA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

#### **1- EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: ANÁLISIS DE SUS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.**

Del texto originario del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, surgía la responsabilidad objetiva del Estado, quien, según su artículo 1764, “respondía objetivamente por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor...”; a su vez el art. 1765 regulaba sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos para luego el art 1766 disponer sobre la responsabilidad del Estado por actividad lícita, determinando 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 de destacar aquí que el criterio de regular la responsabilidad del Estado en un código de fondo, hubiera determinado que la normativa fuera uniforme para todo el territorio del país, y como con toda lógica expresa Rosatti “El hecho de que las normas de Derecho Público aplicables al tema de la responsabilidad del Estado puedan ser plurales, por el carácter local del Derecho Administrativo en nuestro sistema federal, no impide que puedan coordinarse criterios normativos básicos y aun criterios aplicativos comunes, tal como puede observarse en otras disciplinas” (Rosatti, Horacio Daniel, “Revista de Derecho de Daños”, 9 edición p.91).

Estas disposiciones fueron modificadas por el Poder Ejecutivo, quien al tener la iniciativa legislativa, lo elevó al Congreso de la Nación, sustituyendo dichas disposiciones y determinando expresamente que las normas previstas en el Código Civil sobre responsabilidad no son aplicables a la responsabilidad del Estado.

Así, es que el Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia determina, al regular sobre la responsabilidad estatal, en sus arts. 1764 a 1766, que queda excluida del ámbito de dicho



cuerpo normativo, sea de forma directa o subsidiaria la responsabilidad estatal, disponiendo que la misma debe regirse por el derecho administrativo, nacional o local, al igual que la responsabilidad que por su actuar pudieran generar los funcionarios y empleados públicos, quedando redactadas sus disposiciones de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 1764. Inaplicabilidad de normas** *Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

**ARTÍCULO 1765. Responsabilidad del Estado** *La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

**ARTÍCULO 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público** *Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.*

En congruencia con estas disposiciones, en el ámbito nacional, la ley 26.944 reguló la responsabilidad del Estado por su actividad tanto lícita como ilícita.

## **2 LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

### **2.1 Algunas consideraciones iniciales**

El 17 de agosto de 2014 entró en vigencia la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado –en adelante LRE-, quedando así los daños ocasionados por el Estado, dentro del ámbito nacional, regidos por dicha normativa.

Se trata de una ley de gran trascendencia, ya que viene a regular un tema muy importante, como es la actuación estatal y los daños que la misma puede ocasionar a los particulares, así como también adquiere especial importancia atento a que admitir la responsabilidad del Estado implica la asunción de las consecuencias lesivas de su actuación mediante fondos públicos.

Ha sido de gran importancia la evolución doctrinaria, tanto civilista como administrativista, cada una, en la convicción de que se trataba de un tema propio. Superada esta barrera, ha sostenido la CSJN, con sentido de unidad del ordenamiento jurídico, que el principio alterum

non laedere no es propio de ninguna disciplina jurídica, sino común a todas ellas, y encuentra su base en el artículo 19 de la CN.

Por otro lado, en la cuestión de los daños, a nivel jurisprudencial y doctrinario, todos han coincidido en darle al tema un tratamiento unificado desde el derecho común aplicado por vía subsidiaria, sin dejar de tener en cuenta el carácter público de la actuación del Estado en su carácter de poder estatal. Civilistas y administrativistas coinciden en que el Estado no puede ser garante de cualquier daño que sufran los particulares por su actuación, sino solo cuando aquellos no estén justificados o no deban ser soportados por quien los sufre.

Así y todo, la ley nacional, modificando este criterio, dispone que la responsabilidad estatal es un tema exclusivamente local, que no pertenece al derecho común, debiendo quedar el tema regido por leyes locales que en su consecuencia se dicten, aunque convocando a su unificación mediante su art. 11 que invita a las provincias a adherirse a sus disposiciones (Parellada, 2014).

## **2.2 Ámbito de vigencia territorial y material de la ley nacional de responsabilidad del Estado**

La ley 26.944 es una ley nacional emanada del Congreso Nacional en su carácter de legislatura de la nación. Por lo tanto, y de acuerdo a su artículo 1, rige los casos de responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad provoque en los bienes o derechos de los particulares en el territorio de la república que se encuentre sujeto a jurisdicción nacional.

No rige la responsabilidad por los daños que ocasionen los Estados provinciales, ni las municipalidades. Estos deben ser regidos por normas locales, y la ley nacional invita, como ya se apuntó anteriormente, a las provincias a adherirse a la misma.

En general, son las constituciones provinciales las que declaran la responsabilidad estatal en el ámbito local (Parellada, 2014).

En cuando a la vigencia material, el art. 1 de la ley establece que rige “la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzcan a los bienes o derechos de las personas”. Ilustra Parellada que “la finalidad de la ley es únicamente regular la

responsabilidad estatal nacional por los daños ocasionados en su carácter de poder público, o sea, los derivados del ejercicio de las funciones administrativas, legislativas y judiciales” (Parellada, 2014, p. 51).

### **2.3. Responsabilidad estatal objetiva y directa**

El artículo 1° de la LRE, en su segundo párrafo consagra la responsabilidad del Estado como objetiva y directa.

Este criterio había sido establecido jurisprudencialmente en el caso “Vadell”. Allí, la CSJN dijo que la responsabilidad estatal era directa, con fundamento en el art. 1112 del código civil entonces vigente, expresando en dicho fallo que “toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas”.

Y en cuanto al carácter objetivo de la responsabilidad, hace que el Estado no pueda alegar la falta de culpa a fin de eximirse de la misma. Se prescinde, de esta manera, de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad.

### **2.4 La inaplicabilidad de las normas del Código Civil**

El tercer párrafo del art. 1 de la ley determina la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Por lo tanto, quedaría vedada la posibilidad de que aquel cuerpo legal auxilie en la integración de la Ley de Responsabilidad del Estado. De tomarse literalmente el texto de dicha norma, considero que ello supondría romper la unidad del sistema jurídico, volviendo a la división tajante entre derecho público y derecho privado, que hoy se encuentra relativizada, y admite la comunicación entre los principios de uno y otro.

## **2.5 Requisitos exigidos por la ley en la responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado**

En el artículo 4, la ley determina los requisitos que deben cumplirse para que se genere responsabilidad estatal por los daños que pueda ocasionar su actividad lícita a los administrados.

De verificarse los mismos, se establece una indemnización por esos daños, siempre que se imponga al particular o grupo determinado, un sacrificio especial en beneficio del interés general.

El proyecto de la comisión, incluía una disposición que consagraba una responsabilidad limitada en cuanto a su extensión. Así rezaba la misma en el numeral 1766 “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”.

La norma vigente, determina que: “*Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:*

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;*
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.*

Luego, en el artículo 5 al legislar sobre la reparación, se establece: “*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 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.*

*Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.*

En este último artículo, se adopta un criterio de política legislativa que ha sido objeto de controversia tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial, el cual determina que el lucro cesante no es indemnizable, temática que será tratada en profundidad en el capítulo IV. Al respecto observa Parellada que “Hay que admitir el carácter polémico de la cuestión sin olvidar que muchas veces el único menoscabo que causa, por ejemplo, la ejecución de una obra pública, en los comerciantes vecinos, es el lucro cesante, pues terminada la obra, no existe en el patrimonio de la víctima sino una pérdida de ingresos. De modo que se trata de un daño actual –patrimonio disminuido por la pérdida de ingresos- que proviene del lucro cesante al momento de formular la demanda o resolver el pleito” (Parellada, 2014, p. 62).

Volviendo al art. 4 de la LRE, el mismo establece una “causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”, apartándose del criterio de causalidad adecuada requerido en el art. 3 que regula los requisitos de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita.

Luego en el art. 5, se insiste con la misma exigencia al establecer que la indemnización por responsabilidad por el actuar lícito del Estado “comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata, de la actividad..., sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

El factor de atribución lo configura el sacrificio especial impuesto al administrado, en beneficio del interés general de la comunidad, y que afecta un derecho adquirido (Parellada, 2014).

## **2.6 La extensión del resarcimiento determinada en la LRE en los casos de responsabilidad por actividad lícita del Estado**

### **2.6.1 Introducción**

Uno de los temas que más ha generado debate, opiniones y pronunciamientos encontrados, es el del alcance que debe tener la reparación, en los casos en que se genera responsabilidad estatal por su actuar legítimo. Si bien, la profundización de esta temática, corresponde al capítulo siguiente del presente trabajo, se adelantará aquí parte de la cuestión, que permita entender las disposiciones surgidas en la LRE.

Dos son las tesis encontradas que se han generado en el cuestionamiento sobre el quantum indemnizatorio en los casos en que el actuar estatal es conforme a derecho.

La tesis restrictiva aboga por que la reparación sólo debe cubrir el daño emergente. Fundamentan esta postura sosteniendo que la Carta Magna no contiene ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento, y utilizan por analogía los principios establecidos en la normativa expropiatoria, que excluye el lucro cesante.

Por otro lado, la tesis amplia postula un resarcimiento comprensivo del lucro cesante. Argumentan que el resarcimiento amplio se encuentra amparado en la Constitución Nacional que garantiza el derecho de propiedad en sus arts. 14 y 17 (Perrino, 2014).

### **2.6.2 Alcances de la indemnización por responsabilidad lícita en la LRE**

Apunta Perrino que “uno de los mayores déficits que presenta la ley 26.944 radica en la forma en que se regula la responsabilidad por actuación estatal legítima (arts. 4° y 5°), pues se la califica injustificadamente de excepcional, y se acota irrazonablemente su prodecencia y los rubros indemnizables” (Perrino, 2014, p.263).

No debería tratarse de excepcional la responsabilidad estatal, ya que lo natural es que en un Estado de Derecho, el Estado se haga cargo de las consecuencias dañosas de su actividad, incluso cuando la misma sea lícita.

La regla sentada en la Constitución Nacional en su art. 19 que establece la prohibición de perjudicar los derechos de terceros –alterum non laedere- es la que debe regir la actuación tanto de los particulares como del propio Estado.

La LRE, deja de lado el principio de reparación integral, y prescribe que ante los casos que proceda la indemnización por los daños ocasionados por la actividad lícita del Estado, la misma se limita al resarcimiento de los perjuicios de índole patrimonial, y se excluye la reparación de daños futuros y del lucro cesante. A continuación, se expondrán brevemente algunas consideraciones sobre estos rubros.

#### *a-Daño patrimonial*

Como ya se apuntó, el art. 5 de la LRE determina que el resarcimiento por responsabilidad estatal por su actividad lícita 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”.

Este artículo reproduce el art. 10 de la ley 21.499 de expropiaciones, haciendo una asimilación de los dos supuestos. Pero si bien, las mismas son instituciones similares en cuanto a que el Estado actúa de manera legítima, no es menos cierto que tienen grandes diferencias.

En la expropiación, la indemnización se traduce en un cambio de valores, el expropiado deja de ser propietario del bien sujeto a expropiación, y el Estado resarce dicha situación para que el patrimonio del expropiado quede en la situación anterior a aquella. Por ello, se determina que el alcance de la reparación se limite al valor del bien, excluyendo valores afectivos o circunstancias personales.

En los daños ocasionados por la actividad lícita del Estado, al ser innumerables los casos que pueden presentarse, cabe preguntar si en todos ellos, puede realmente determinarse “el valor objetivo del bien” a reparar. ¿Cuál sería el valor objetivo en caso de daños corporales en los particulares por ejemplo?

#### *b-Valor objetivo del bien*

Cassagne, explica, al examinar el régimen expropiatorio, que la indemnización allí gira en torno a dos conceptos: el valor objetivo del bien expropiado, que no es igual a la idea civilista de daño emergente, y que consiste en el valor objetivo general o de mercado; y otro que apunta a cubrir los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, y

que en ciertas circunstancias, la aptitud de producción o las ganancias futuras pueden ser tenidas en cuenta para determinar el valor objetivo de un bien (Cassagne, 2008).

Dada la similitud del texto del art. 5 de la LRE con el art. 10 de la ley de expropiaciones, concluye Perrino que son trasladables las consideraciones realizadas en el ámbito de la legislación expropiatoria y que por lo tanto “cabe entender que el valor objetivo es sinónimo del valor de sustitución del bien, a precio de mercado, el cual, cuando se trata de cosas o activos que tienen una capacidad o potencialidad para producir utilidades económicas, se estima mensurando también aquellas” (Perrino, 2014).

#### *c-Daño moral*

El art. 5 de la LRE no parece contemplar la reparación del daño moral, el cual no integra el valor objetivo del bien. Pero no tomar en cuenta el mismo en el cálculo de la reparación violaría las disposiciones contenidas en los arts. 14, 17, 19 y 16 de la carta magna, que protegen el derecho de propiedad, y garantizan los principios del alterum non laedere y de igualdad ante las cargas públicas que impide que se imponga un sacrificio especial a un sujeto determinado en beneficio de la comunidad sin la debida indemnización, respectivamente.

Por lo expuesto, es necesario propiciar una interpretación amplia del artículo 5 de la ley 26.944, donde dispone que también son indemnizables “los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública”, haciendo comprensivo tales perjuicios a los de índole moral -verbigracia padecimientos físicos o morales, daño a la vida en relación, perjuicio estético o daño al proyecto de vida- (Perrino, 2014).

No es obstáculo para estas consideraciones lo regulado en la misma norma que excluye expresamente como rubro indemnizable las circunstancias personales o valores afectivos, ya que los mismos refieren a cuestiones sentimentales o emocionales, y no a valores objetivos, no debiéndose confundir o identificar el daño moral con dichas circunstancias.

#### *d-Daño futuro*

El art. 3, inciso d, de la ley 26.944 exige que el daño resarcible sea actual, lo que excluye el daño futuro.



Señala Perrino, que no hay razón para excluir las consecuencias dañosas que no han cerrado todavía su ciclo, y que, en rigor, lo relevante para que el daño sea indemnizable es que sea cierto, es decir, no hipotético o eventual (Perrino, 2014).

Así lo ha entendido la CSJN en más de una ocasión, condenando en consecuencia al Estado a resarcir los daños futuros de los cuales había suficiente probabilidad de que se produzcan. Ejemplo de esto han sido los casos en que se hizo lugar a la responsabilidad de las provincias por la inundación de campos causadas por la realización de obras públicas, en los cuales se admitió la indemnización del lucro cesante por el término que demandaría la recuperación del suelo.

En tales casos el máximo tribunal entendió que de acuerdo a las pericias existentes, había suficiente certeza sobre futura producción de los daños.

De esta manera, la Corte señaló que para que el daño sea resarcible, debe haber certidumbre en cuanto a la existencia del daño o la suficiente probabilidad de que los mismos lleguen a producirse, como agravación o prolongación del perjuicio ya existente.

#### *e-Lucro cesante*

En el primer párrafo del art. 5 LRE se excluye expresamente de la reparación que correspondiere por la responsabilidad estatal por su actividad lícita el lucro cesante.

Doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido debatido si corresponde o no hacer lugar como rubro indemnizable al lucro cesante, cuando se genera responsabilidad estatal por su obrar conforme a derecho.

Este tema excede el marco del presente capítulo, el cual será tratado en un capítulo aparte. Ello no obsta para adelantar que, es al menos cuestionable la postura tomada por el legislador, de limitar la reparación excluyendo el lucro cesante, haciendo un paralelismo entre la situación que se genera ante los daños ocasionados por la actividad lícita del Estado y la figura de la expropiación, ya que si bien las mismas tienen puntos de contacto, los fundamentos de la reparación y las circunstancias en que las mismas se producen y generan la obligación de indemnizar en cada una de ellas, son muy diferentes.

## **BREVES CONSIDERACIONES**

Tanto el Código Civil y Comercial de la Nación, así como también la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado, excluyen la aplicación del primero, de manera directa y/o subsidiaria, a los casos de responsabilidad Estatal, considerando la LRE que la temática es competencia exclusiva de las provincias, de lo que da cuenta su artículo 11 al invitar a las mismas a la adhesión de sus términos, para la regulación de la materia en sus ámbitos respectivos.

De esta manera, el legislador asume la postura de que la responsabilidad estatal debe ser regulada de manera local, por considerar que la materia es parte del derecho administrativo, siendo una competencia reservada a las provincias.

Considero que, si bien hay que respetar el federalismo adoptado por nuestra carta magna, regular algunas instituciones de derecho público como la responsabilidad estatal, dentro de un código de fondo como el Código Civil y Comercial, hubiera contribuido a mantener la coherencia del sistema jurídico, en orden a evitar la heterogeneidad de normativa propia del sistema federal en la materia.

Por otro lado, es al menos cuestionable, como ya se adelantó, el paralelismo que hace la LRE entre las instituciones de la expropiación y de la responsabilidad estatal por su actividad lícita. La reparación no tiene los mismos fundamentos en los dos casos, por lo que tampoco debería ser igual su tratamiento y resultado. La analogía en estos casos, puede generar una indemnización que no se respete las disposiciones contenidas en los arts. 14, 17, 19 y 16 de la carta magna, que protegen el derecho de propiedad, y garantizan los principios del alterum non laedere y de igualdad ante las cargas públicas. El debate no está cerrado, ni doctrinaria ni jurisprudencialmente.

## **CAPÍTULO IV INDEMNIZACIÓN EN CASO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA**

### **1- INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA**

Uno de los aspectos de la responsabilidad del Estado que ha generado amplios debates en nuestra doctrina, así como también ha dado lugar a pronunciamientos judiciales en diferentes líneas, es lo relativo al alcance de la indemnización en los casos en que el deber de resarcir se origina en una actuación estatal legítima o conforme a derecho.

Con la sanción de la ley 26944, tales debates volvieron a adquirir vigencia, ya que tal normativa acota los rubros indemnizables en los casos en que el deber de resarcir sea consecuencia de un obrar lícito del Estado.

A lo largo del presente capítulo, se expondrán las dos tesis doctrinarias que giran en torno a la temática, así como también diferentes decisorios de la CSJN, donde se han plasmado dichas tesis contrapuestas, haciendo también un recorrido por el texto constitucional, a fin de poder responder al interrogante de que si existe un derecho constitucional a la reparación integral por Responsabilidad del Estado por su obrar lícito, o si en todo caso esa reparación puede verse mermada en consideración a la existencia de fundamentos que la limiten.

### **2- DISTINTAS TESIS SOBRE LA TEMÁTICA: AMPLIA Y RESTRICTIVA**

En lo relativo al quantum indemnizatorio en los casos de responsabilidad estatal por su actuación legítima existen dos tesis.

La primera de ellas, de carácter restrictivo, sostiene que el alcance del resarcimiento debe limitarse a la indemnización del daño emergente, fundamentando la misma en que la Constitución Nacional no contiene ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento, y que ante la inexistencia de una normativa expresa sobre la temática, se deben aplicar, por analogía, los principios que fundamentan el instituto de la expropiación, los cuales excluyen de los rubros indemnizables el lucro cesante.

Los partidarios de esta postura parten del art. 10 de la ley de expropiaciones que dispone “*La indemnización solo 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 ni ganancias hipotéticas... No se pagará lucro cesante...*”, para luego concluir que, tanto en los casos de expropiación, como en aquellos de que se derive una reparación por actividad lícita del Estado, existe un comportamiento estatal legítimo que ocasiona un sacrificio de derechos particulares en beneficio del interés general. Y concluyen que como en ambos supuestos el perjuicio es ocasionado por el ejercicio válido de potestades estatales, y al no existir normativa expresa que regule tales casos, debe aplicarse por vía de la analogía la solución consagrada en la legislación expropiatoria, excluyendo así el lucro cesante en los casos en que se genere el deber de reparar por una actividad estatal conforme a derecho.

Por su parte, la tesis amplia, sostiene la reparación integral del daño causado, comprensiva del lucro cesante, entendiendo que dicho contenido encuentra amparo en el derecho de propiedad que la Constitución Nacional garantiza (arts. 14 y 17), la que entiende, consagra en el último artículo citado el principio de restitutio in integrum (Perrino, 2014).

Como consecuencia del mismo, sostienen que la reparación integral solo puede ser restringida en el caso en que una norma emanada del Congreso nacional expresamente consagre tal limitación (Rotaèche, 2015).

En la misma línea argumentativa, determinan que la falta de una normativa expresa que establezca el alcance del *quantum* resarcitorio no autoriza a efectuar una aplicación extensiva por vía de la analogía de la legislación expropiatoria que excluye la aplicación del lucro cesante, ya que, como principio interpretativo, consagrado en la jurisprudencia del máximo tribunal, no es aceptable aplicar en forma extensiva los institutos o soluciones que limiten o restrinjan derechos.

Alegan asimismo que, más allá de las similitudes entre el instituto expropiatorio y los supuestos de perjuicios causados por el actuar del Estado conforme a derecho, existen importantes diferencias. Así, la expropiación “está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la

privación de la propiedad, etc.) que están ausentes en la segunda –*actividad lícita*–, por lo que no es correcto asimilar sus consecuencias jurídicas. Lo contrario importaría admitir, en la práctica, la expropiación por la sola actuación de la Administración, soslayándose las garantías consagradas por la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria” (Perrino, 2014, p. 253).

### **3- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD ESTATAL POR SU OBRAR LÍCITO**

La cuestión sobre la indemnización por responsabilidad estatal por su obrar lícito ha sido abordada a través de sus fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, revelando el estudio de los mismos las dos posturas antagónicas antes expuestas.

Por un lado, en un número relevante de decisorios el alto tribunal dispuso la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, por lo que en la determinación de la extensión del resarcimiento se descarta el pago del lucro cesante.

Este criterio se ve plasmado en el fallo “Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires” del año 1943, donde se debatió el reclamo de daños y perjuicios ocasionados por inundaciones en un campo por obras realizadas por la Provincia de Buenos Aires. En este caso la CSJN determinó que “*los actos del Poder Público, aun cuando fueren lícitos pueden generar la obligación de indemnizar*” y recurrió a la aplicación por analogía de la ley de expropiaciones para fijar el alcance de la indemnización, limitándola al daño emergente.

Otro caso, aplicando la misma lógica puede hallarse en la sentencia del 22 de diciembre de 1975 recaída en los autos “Corporación Inversora Los Pinos SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Allí, la corte entendió que la indemnización por la revocación de la habilitación de un inmueble para funcionar como hotel alojamiento se limitaba al daño emergente con fundamento en la igualdad ante las cargas públicas y al derecho de propiedad contenidos en las disposiciones de la carta magna (arts. 16 y 17 CN), y como consecuencia inmediata y directa de la confianza del actor en que la habilitación sería mantenida, excluyendo en cambio el reconocimiento de las ganancias frustradas.

Tal postura fue reiterada en el decisorio recaído al pronunciarse en máximo tribunal en los autos “Cantón, Mario Elbio c/ Nación”, del año 1979, donde se reclamaba al Estado nacional el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un decreto que prohibía la importación de determinados productos para proteger a la industria nacional, afectando de esta manera un contrato de crédito documentado y una compraventa internacional. En este caso la corte entendió que, pese a la validez de la norma, debían resarcirse los perjuicios ocasionados, haciendo lugar al daño emergente pero rechazando el lucro cesante, aplicando por analogía el artículo 10 de la ley de expropiaciones N° 21.499.

Luego, en la causa “Motor Once SACI c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires” del año 1989, la cuestión fue nuevamente debatida. En esta oportunidad, la controversia se había suscitado por el dictado de una medida de policía urbanística dictada por la demandada, mediante la cual se prohibía el expendio de combustible en inmuebles en cuyos pisos superiores existieran unidades destinadas a vivienda. En esta situación se encontraba el establecimiento de la actora, quien se vio impedida, a raíz del dictado de dicha disposición municipal, de continuar con la venta de combustible.

La corte, adhiriendo –en su mayoría– al dictamen de la procuradora fiscal restringió la indemnización aplicando por analogía la legislación expropiatoria, descartando la indemnización del lucro cesante, y limitando la misma al reconocimiento del valor objetivo del bien y a los daños que fueran consecuencia directa e inmediata de la disposición objetada. Se sostuvo además que en el caso no era de aplicación lo dispuesto en la causa “Sanchez Granel” cuyo decisorio data del año 1984, en la cual se había receptado la tesis de reparación integral, ya que en aquella oportunidad lo debatido giraba en torno a los alcances de la responsabilidad contractual en un supuesto de rescisión del vínculo –contrato de obra pública– por razones de oportunidad, y donde la cuestión jurídica tenía un marco legal definido –ley de obras públicas– dentro del cual debía ser construida la solución. Además, se remarcó la diferencia entre ambos supuestos, ya que en “Sanchez Granel” estaba de por medio un sacrificio patrimonial que la administración decidió en el curso de una relación especial de origen convencional, en cambio en el caso ahora examinado, la medida adoptada

por la municipalidad configuraba un acto imperativo, producido en el marco del poder de policía de seguridad de la misma, en una relación de supremacía general (Perrino, 2014).

Es importante destacar en este punto, el voto disidente del Dr. Petracchi, quien sostuvo allí que *“el principio de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originen perjuicios a los particulares, el que se traduce en el derecho a una indemnización plena que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable, aunque pudiera encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en un contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular, excepciones estas que no están presentes en el sub examine”*.

El máximo tribunal reiteró el criterio en “Petruccelli Fidel Primo y otra c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”. Aquí se demandaba al municipio por los daños y perjuicios que se habían ocasionado por la expropiación desistida de un inmueble de propiedad de la actora. La demandante alegó que la afectación de dicho inmueble por la expropiación había impedido la aprobación de los planos para la construcción de un edificio, y que luego, al tiempo de la desafectación del mismo, las nuevas normas de edificación habían reducido sensiblemente la capacidad edificatoria, por lo cual la obra proyectada no pudo concretarse. La corte, al decidir sobre la cuestión, siguiendo lo dictaminado por la procuradora fiscal, reiteró el mismo criterio que en “Motor Once”, considerando que en ambos casos había similitudes en los hechos planteados que motivaron su intervención; por lo que nuevamente se decidió la improcedencia del lucro cesante para los supuestos de responsabilidad lícita del Estado aplicando por analogía la solución prevista en la legislación expropiatoria.

Por su parte, en materia contractual, la temática del alcance de la reparación por la extinción de un contrato en virtud de una decisión estatal legítima fue abordada por la CSJN en pocas ocasiones, sentando la misma como principio que el lucro cesante era indemnizable.

Así, en el caso “Eduardo Sanchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I c/ Dirección Nacional de Vialidad, de fecha de sentencia del 20 de septiembre de 1984, originado en la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia

se admitió –por mayoría- la reparación del lucro cesante con argumentos como, entre otros, en que el principio jurídico de toda indemnización es el de su integralidad, y que no correspondía en el caso para determinar el monto de la reparación acudir a la analogía con la legislación expropiatoria, atento a que ese instituto “supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio”(Perrino 2014).

Ya en concreto, en lo referente a la problemática de la extensión del resarcimiento en los supuestos de responsabilidad estatal lícita, la misma fue abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tres pronunciamientos, que marcan claramente, como principio, una postura favorable del máximo tribunal hacia la integralidad de la reparación, es decir, al reconocimiento del lucro cesante en tales supuestos.

Así, primeramente, la cuestión fue debatida en la causa “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional” del año 2005, en la cual se cuestionó la revocación por parte del Poder Ejecutivo Nacional de una licencia otorgada a “El Jacarandá S.A.” para explotar la frecuencia correspondiente a LT 14 Radio General Urquiza de Paraná, provincia de Entre Ríos, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición del recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de la Presidencia de la Nación a fin de que se determine el resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa según las previsiones del art. 18 del decreto-ley 19549.

La Corte partiendo de que la revocación se había fundado en razones de oportunidad, mérito o conveniencia y de que “*la extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación*” afirmó con cita en el fallo “Eduardo Sanchez Granel” que “*no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas*”.

No obstante estas consideraciones, la pretensión de la actora fue rechazada al entender que no se habían acreditado los daños que la misma reclamaba.

El criterio seguido en la causa anteriormente comentada fue reiterado cuatro años después en “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional –PEN- Dec. 1583/96 s/ daños y



perjuicios”, causa que tuvo origen en el dictado del decreto 1583/96 que había derogado el decreto 520/95 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las zonas francas de Rio Gallegos y Caleta Olivia.

La actora demandó al Estado Nacional por daños y perjuicios y subsidiariamente demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. Tanto en primera y segunda instancia, con fundamento en que el Estado tenía la obligación de compensar al demandante por haber lesionado derechos adquiridos por la normativa válidamente derogada, se condenó al aquel al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y lucro cesante.

A su oportunidad, la CSJN al resolver el recurso ordinario deducido por el Estado Nacional, resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, reduciendo el monto de la indemnización por daño emergente establecida por la Cámara, por considerar improcedente algunos rubros reclamados, y con respecto al lucro cesante, si bien reitera el criterio favorable al mismo, se rechazó en este caso puntual, por considerar insuficiente la prueba aportada para acreditar la concurrencia del mismo.

Por último, en los autos “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento, se reiteró el mismo criterio que en los dos casos anteriores. Aquí la actora interpuso demanda contra el Estado Nacional reclamando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la decisión de éste último de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas, y de forma subsidiaria fundó su reclamo en la responsabilidad estatal por su actividad legítima. El máximo tribunal declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo atinente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su obrar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo considerando procedente el reclamo indemnizatorio fundado en la responsabilidad estatal por actividad conforme a derecho, de uno de los rubros integrantes del daño emergente; dejando sin efecto la sentencia del tribunal de alzada que, al revocar el fallo de primera instancia, había rechazado in totum la pretensión de la actora.

Si bien la CSJN no hizo lugar al reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que el mismo era improcedente en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, sino por considerar que, en el caso el actor no había acreditado que se tratara de perjuicios que constituían un sacrificio desigual que excedían las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad lícita estatal.

Así, los fallos anteriormente mencionados dan cuenta de que “el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia... postula claramente que el alcance de la reparación en los supuestos de perjuicios causados por actuaciones estatales lícitas comprende también el lucro cesante. Pero, claro está, siempre que el mismo sea demostrado en forma fehaciente” (Perrino, 2014, p. 263).

#### **4- LA CUESTIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Ya en este punto del trabajo, luego de haber hecho un recorrido por la doctrina, jurisprudencia de la CSJN y por la legislación nacional sobre la responsabilidad del Estado por su actuar conforme a derecho, y su correspondiente indemnización, cabe analizar la temática a la luz de las disposiciones de la Constitución Nacional, principalmente para responder al interrogante de si existe un derecho constitucional a la reparación y en todo caso si la carta magna prescribe sobre su extensión, es decir si la misma debe ser integral o si puede ser limitada por algunos factores.

Para comenzar a analizar estos planteos es oportuno partir de lo dispuesto en el art. 5 de la ley nacional 26944 de Responsabilidad del Estado, que reza “*La responsabilidad del Estado por su actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante...*”, siendo definido el mismo por la CSJN como “las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas” (Fallos 306:1409, consids. 4 y 5; 306:1335, consid. 20).

No pocas críticas surgieron para responder a la exclusión del lucro cesante en los supuestos de daños provocados por la actividad estatal conforme a derecho. En las mismas pueden

encontrarse argumentos que perfilan la respuesta al interrogante planteado. Así Carlos Parellada luego de admitir el carácter polémico de la cuestión pone de resalto que no hay que olvidar que “muchas veces el único menoscabo que causa, por ejemplo, la ejecución de una obra pública, en los comerciantes vecinos, es el lucro cesante, pues terminada la obra no existe en el patrimonio de la víctima sino una pérdida de ingresos. De modo que se trata de un daño actual –patrimonio disminuido por la pérdida de ingresos- que proviene del lucro cesante al momento de formular la demanda o resolver el pleito. Los jueces deberán decidir que prevalece, si la veda de la indemnizabilidad del lucro cesante o el carácter actual del daño” (Parellada, 2014, p.62).

Perrino, en la misma línea de pensamiento, expone que la CSJN ha sido, a lo largo de sus fallos, muy clara y contundente en reconocer, como principio la reparación del lucro cesante en la responsabilidad lícita estatal, discrepando la citada normativa con dichos pronunciamientos.

Expone el autor que comparte el criterio del máximo tribunal, ya que los arts. 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional y 21 y 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y de la interpretación que de ellos realiza la CSJN se desprende una regla que prescribe que “la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otro, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser “justa”, lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado, sino su restitución a la situación previa de la conducta dañosa” (Perrino, 2014, p.274), y concluye que para que esto ocurra, dicha reparación debe comprender el lucro cesante.

En base a todo esto, es que el autor concibe que la limitación a indemnizar el lucro cesante deviene inconstitucional, pero haciendo la salvedad de que ello no significa que no pueda ser acotado en su extensión atendiendo a las circunstancias de cada caso.

En el entendimiento, en base a lo expuesto anteriormente, y compartiendo lo sustentado por los autores citados, puede responderse afirmativamente al primer interrogante de si existe un derecho constitucional a la reparación en los supuestos en que corresponda la misma por los daños generados por la actividad estatal conforme a derecho.

Ahora, en cuanto al interrogante sobre la extensión de la misma, es decir, si la carta magna consagra un derecho a la reparación integral, adelanto que la misma no contiene ninguna disposición en ese sentido.

Pero retomando lo expuesto por Perrino, quien pone de resalto que del texto de la Constitución Nacional así como de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y de la interpretación que de dichos cuerpos normativos realiza la CSJN, surge que la reparación debe ser “justa”. Ahora bien, hay que plantearse aquí que debe entenderse por reparación justa, ¿es lo mismo reparación justa que integral?

Juan Carlos Cassagne, al analizar este punto parte de la base de que la falta de un texto expreso en la carta magna que consagre el principio que rige la medida de la reparación no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, que contemple el daño emergente y el lucro cesante. En efecto, luego de la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional, donde se determinó la calidad de fuentes jurídicas directas con jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales, sostiene que no puede hablarse más de ausencia de un principio constitucional que rija la indemnización, ya que la Convención Americana de Derechos Humanos ha determinado en su texto la “justa indemnización”. Así lo dispone en su art. 21 inc. 2 que determina que 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 formas establecidas por la ley.

Para determinar debidamente la “justa indemnización” que dispone el citado instrumento internacional, debe tenerse presente que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que la misma exige que la restitución de la justicia conmutativa sea proporcional al valor del bien o derecho vulnerado para así restablecer el equilibrio, remediando la desigualdad producida por el acto dañoso en el patrimonio del particular a causa de la actividad estatal.

Lo que implica que la indemnización para que sea justa, debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, sin distinguir si se trata de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, lícita o ilícita, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño, para de esta manera corregir la desigualdad generada (Cassagne, 2016).

Concluyendo, en esta línea de pensamiento, y en respuesta al segundo interrogante planteado, considero que no existe a nivel constitucional un derecho a la reparación integral, sino que la misma debe ser “justa”.

El quantum indemnizatorio no se identifica a la luz de la carta magna y de los tratados internacionales que componen el bloque de constitucionalidad existente desde la reforma de la CN en 1994, necesariamente con la reparación integral, inclusiva del lucro cesante en todos los casos, sino que es necesario analizar en cada caso en particular si la reparación justa abarca tanto el lucro cesante como el daño emergente, o si la misma debe ser limitada.

La indemnización justa implica en cada caso restituir al afectado a la situación previa a la conducta dañosa, que en algunos casos puede comprender el lucro cesante, y en otros casos no, reparación “justa” no se identifica reparación “integral”, aunque en algunos casos puedan coincidir.

Queda a cargo de quien reclame la indemnización la carga de la prueba de los daños sufridos por la actividad estatal conforme a derecho, esto en consonancia, como ya se expuso en el presente trabajo anteriormente, con lo establecido por la CSJN, que concluye con la admisión del lucro cesante, pero exigiendo para su procedencia prueba acabada del mismo.

## CONCLUSIÓN

A falta de normativa expresa sobre Responsabilidad del Estado fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien a través de sus sentencias tuvo un papel fundamental en la elaboración de criterios sobre la temática, así como también sobre el quantum indemnizatorio que correspondiere en caso de darse la misma.

De esta manera, por largo tiempo el régimen jurídico de la responsabilidad estatal tuvo sustento, básicamente en la jurisprudencia del máximo tribunal, caracterizándose el mismo por su autonomía con respecto a la responsabilidad civil y su carácter esencialmente local.

Coincidiendo esta línea de pensamiento, surgen la Ley Nacional 24.994 de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial de la Nación, en los cuales quedan plasmadas dichas características.

Ahora bien, con dicha normativa en vigencia y la vasta jurisprudencia y doctrina sobre la materia, siguen abiertos interrogantes sobre los cuales no existe un criterio unánime. El presente trabajo se ha enfocado en la tarea de responder a uno de ellos, el cual se configura en el cuestionamiento de si existe un derecho constitucional a la reparación integral por responsabilidad estatal por su actuar conforme a derecho.

Para afrontar dicha tarea, a fin de dar respuesta al mismo, se realizó un recorrido por los aspectos centrales que presenta la temática de la responsabilidad estatal, destacando la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual da cuenta de la afirmación de la falta de consenso sobre la cuestión, atento a que la misma se ha pronunciado en sus fallos en diferentes sentidos.

Se procedió luego al desarrollo y crítica de la legislación nacional vigente.

En este punto, considero que, si bien se ha avanzado notablemente sobre la temática de la reparación por responsabilidad estatal por su obrar conforme a derecho, es una deuda pendiente la discusión sobre los límites de esa reparación admitidos por la Corte, y por algunas leyes sobre la materia, como la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado.

El legislador, tomando en cuenta los análisis doctrinarios y jurisprudenciales, debería definir un criterio uniforme que garantice la igualdad de los administrados en todo el territorio

nacional, y que tome en cuenta este instituto y sus particularidades, a fin de garantizar una justa solución en los casos en que el Estado, actuando legítimamente produce daños a los particulares.

Ya respondiendo al interrogante puntual de si existe un derecho constitucional a la reparación integral por responsabilidad estatal por su actividad legítima, luego de haber expuesto las diferentes posturas jurisprudenciales y lo dispuesto en la normativa vigente a nivel nacional, considero que la respuesta es negativa.

Estimo que no hay un derecho constitucional a la reparación “integral” en dichos supuestos, sino que la misma debe ser “justa”, como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo que entiendo, exige nuestro sistema constitucional.

La indemnización o reparación justa no se identifica con la reparación integral, en algunos casos puede coincidir y en otros no. Es tarea de los magistrados decidir en qué casos corresponde la reparación integral y en qué casos la misma debe ser limitada, de acuerdo a la prueba aportada a la litis por parte de quien reclama la reparación de los daños sufridos.

Asimismo, considero que la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal, no debería haber tomado una postura restrictiva sobre el quantum indemnizatorio. Tal restricción, además de disentir con precedentes de la CJSN más recientes, puede encontrarse en el inconveniente de no superar los exámenes de constitucionalidad, entendiendo que es en la carta magna donde el principio de reparación plena encuentra sustento, y que procura colocar a la víctima en la misma situación en que se encontraba antes de acaecido el daño; ni tampoco el de convencionalidad, atento a que la “indemnización justa” que importa también la plenitud de la reparación –tomando en cuenta cada caso en particular- se encuentra dispuesta en Convención Americana de Derechos Humanos. En cambio, considero que debería haberse prescripto al menos que “*En principio* no procede la reparación del lucro cesante”, para así poder en cada caso lograr una “indemnización justa”.

Para finalizar, cito al Maestro Felix Trigo Represas, quien reflexiona que “*Es cierto que el Estado argentino ha causado daños impunemente muchas veces, pero en otras ocasiones, ha pagado resarcimientos que no debía pagar. El defecto y el exceso han reemplazado muchas*

*veces a la proporción, la medida y la armonía en esta materia”* (Trigo Represas y Lopez Mesa, 2004, T. IV, p. 2).

Es función –y *deber*- de magistrados, legisladores y académicos, realizar un abordaje serio de la temática de Responsabilidad del Estado, cada uno desde su propio ámbito de actuación, que garantice la igualdad y la justicia a los administrados, logrando la proporción, la medida y la armonía que como se apuntó, muchas veces no ha existido en la materia.

***Daniela F. Vaccalluzzo***



## **BIBLIOGRAFÍA**

- **CASSAGNE**, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, 7° ed., Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2002
- **CASSAGNE**, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, 9° ed., Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2008
- **COMADIRA**, Julio R. – **ESCOLA**, Héctor J. – **COMADIRA**, Julio P., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 1° ed., Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2012
- **KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída. Responsabilidad del Estado (Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad) en “Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda”, Buenos Aires, La Ley, 1985
- **PARELLADA**, Carlos A., Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado en “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014
- **PERRINO**, Pablo Esteban, La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de responsabilidad del Estado y los funcionarios y agentes públicos en “Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014
- **ROSATTI**, Horacio Daniel, La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica, en “Revista de Derecho de Daños”, 9° ed., Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores
- **TRIGO REPRESAS**, Felix A. – **LÓPEZ MESA**, Marcelo J., Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo IV, 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2004
- **ROTAECHE**, María Josefina. El alcance de la reparación por actividad lícita del estado en casos de afectación de derechos no patrimoniales. En “Revista de Derecho Público”, 20151, “El derecho público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – 1” (pág. 278). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores 2015.
- **CASSAGNE**, Juan Carlos. La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la

responsabilidad del Estado) en “El Derecho” Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 2016, ISSN 1666-8987, N° 13943.

## **JURISPRUDENCIA**

- CSJN, “Columbia Cía. Financiera c. Estado Nacional”, fallos. 323:1897
- CSJN, 22/9/33, “Tomás Devoto y Cía. c/ Gob. Nacional s/ daños y perjuicios”, JA, 43-416
- CSJN, “Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños e intereses”
- CSJN, 18/3/83, “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c. Nación. Fallos 180:107
- CSJN, 26/3/43, “Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 195:66
- CSJN, 22/12/75, “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 293:617
- CSJN, 13/10/1994, “Román SCA c/ Estado Nacional – Ministerio de Educación y Justicia”, La Ley, 1995 – B – 440
- “Da Rocha, Faustino (su concurso) c/ Provincia de Tucumán” (Fallos 168:83)
- CSJN, 13/5/82, “Gómez Álzaga Martín B. c/ Provincia de Buenos Aires, La Ley, 1982 –D- 194
- CSJN. 27/8/85, “Gómez Álzaga, Martín B. c/ Provincia de Buenos Aires, La Ley, 1986, -A- 557
- CSJN, “Surr, Carlos c/ Gobierno Nacional”, Fallos 182:146
- CSJN, 15/05/79, “Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional”, La Ley, 1979 –C- 19
- CSJN, 15/8/95, “Cirlafin S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y otro”, ED, 166-267
- CSJN, 15/8/95, “Revestek S.A. c/ Banco Central. La Ley, 1996 – E – 678
- CSJN, 18/12/84, “Vadell Jorge c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306: 2027
- CSJN, “Motor Once SACI c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, 1989, fallos 312:659.
- CSJN, “Eduardo Sanchez Granel Obras de Ingeniería S.A.C.I.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, fallos 306:1409

- CSJN, “Petruccelli, Fidel P. y otra c/ Municipalidad de Buenos Aires”, 1989, fallos 312:956
- CSJN, “El Jacarandá SA c/ Estado Nacional”, fallos. 328:2654
- CSJN, “Zonas Francas Santa Cruz SA c/ Estado Nacional –PEN- Dec. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, fallos. 328:2654
- CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional –PEN- Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios, 2009, fallos 332:1367