



**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**LA LIMITACIÓN DE LA REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS LÍCITOS.**

**ABOGACIA**

**SANDRONE MARIANO ALBERTO**

**2018**

## Resumen

La responsabilidad del Estado siempre generó una cuestión debatida en la doctrina. Con fecha 2 de julio de 2014 se sancionó la Ley 26.944 que regula todo lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado en relación a los ciudadanos. Esta norma, excluyó de forma expresa en su art. 1º la aplicación del Código Civil de manera directa y subsidiaria. De esta forma, la responsabilidad del Estado quedó encuadrada en el Derecho Administrativo y específicamente en la Ley 26944. El presente trabajo de investigación estará orientado a determinar la limitación de la reparación en la responsabilidad extracontractual del estado por actos lícitos. La Ley regula dentro del ámbito extracontractual dos clases de responsabilidad, en el art. 3º, la ilegítima sustentada en el factor de atribución falta de servicio, y la legítima art.4º y 5º respaldada por el factor de atribución sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar. No se han contemplado otros factores de atribución. Con respecto a la responsabilidad contractual del Estado, cuando no se encuentre legislación específica, se aplicara esta Ley en forma supletoria Por lo tanto se analizarán las distintas posturas doctrinarias a favor y en contra con respecto a las clases de responsabilidad regulada, prioritariamente la responsabilidad extracontractual del Estado por accionar lícito. En relación con el accionar lícito se profundizara en el alcance de la indemnización, la extensión del resarcimiento y la exclusión o reconocimiento en algunos casos del lucro cesante, y la recepción del daño moral. La Ley 26944 consagra el régimen de la responsabilidad del Estado regulado por normas y principios del Derecho Administrativo, dejando asentada la preferencia del Derecho Público, sobre el Derecho privado. La mencionada Ley no legisla a nivel nacional sino que invita a las provincias a adherir o dictarse una norma sobre el tema, teniendo así una dispersión por provincia o municipio cuando corresponda sobre como legislar la responsabilidad del Estado. Cabe destacar que actualmente existe una fuerte incertidumbre sobre cómo aplicarán los tribunales esta Ley. Debido a ello, su aplicación puede no ser pacífica pudiendo decaer en fallos controvertidos. Por este motivo se analizará la Jurisprudencia del máximo Tribunal que se tomó en consideración en el proyecto de la Ley 26.944.

**Palabras claves:** Responsabilidad, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Daños, Actividad Lícita, Derecho Administrativo.

## Abstract

The responsibility of the State always generated a question debated in the doctrine. On July 2, 2014, Law 26,944 was passed, which regulates everything related to the non-contractual liability of the State in relation to citizens. This rule, expressly excluded in its art.1° the application of the Civil Code in a direct and subsidiary manner. In this way, the responsibility of the State was framed in the Administrative Law and specifically in Law 26944. The present investigation work will be oriented to determine the limitation of the compensation in the extracontractual responsibility of the state for licit acts. The Law regulates two classes of liability within the extracontractual scope, in art. 3°, the illegitimate one supported by the factor of attribution lack of service, and the legitimate art.4° and 5° backed by the factor of attribution special sacrifice that the affected one is not forced to support. No other attribution factors have been contemplated. Regarding the contractual responsibility of the State, when no specific legislation is found, this Law will be applied in a supplementary manner. Therefore, the different doctrinal positions in favor and against will be analyzed with respect to the classes of regulated responsibility, primarily non-contractual liability. of the State for lawful actions. In relation to lawful action, the scope of the compensation, the extension of the compensation and the exclusion or recognition in some cases of the lost profit, and the reception of the moral damage will be deepened. Law 26944 establishes the regime of State responsibility regulated by norms and principles of Administrative Law, leaving settled the preference of Public Law, on private law. The aforementioned Law does not legislate at the national level but invites the provinces to adhere to or dictate a rule on the subject, thus having a dispersion by province or municipality when appropriate on how to legislate the responsibility of the State. It should be noted that there is currently a strong uncertainty about how the courts will apply this Law. Due to this, its application may not be peaceful and may fall into controversial decisions. For this reason, the jurisprudence of the highest Court that was taken into consideration in the draft Law 26,944 will be analyzed.

Keywords: Responsibility, Non-contractual State Liability, Damages, Legal Activity, Administrative Law

## Índice

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....   | 8  |
| Capítulo 1: Clases de Responsabilidad del Estado reguladas en la Ley 26.944.....                      | 12 |
| Introducción.....   | 12 |
| 1.1. Responsabilidad extracontractual del Estado: legítima e ilegítima.....                           | 13 |
| 1.2. Responsabilidad por actuación legítima del Estado.....   | 14 |
| 1.3 Elementos jurídicos que configuran la obligación de reparar los daños lícitos.....                | 16 |
| Capítulo 2: Alcances de la indemnización en la Responsabilidad estatal por actividad legítima.....    | 19 |
| Introducción.....   | 19 |
| 2.1. Extensión del resarcimiento.....   | 20 |
| 2.2. El quantum indemnizatorio en los supuestos de responsabilidad lícita.....                        | 24 |
| 2.3. Apreciación sobre el daño moral en la Ley 26.944.....  | 27 |
| Capítulo 3: Análisis Jurisprudencial.....   | 29 |
| Introducción.....   | 29 |
| 3.1. Regularidades de criterios en los fallos “El Jacaranda S.A.” y “Zona Franca Sta. Cruz S.A.”..... | 29 |
| 3.1.1. “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional”.....  | 29 |
| 3.1.2. “Zona Franca Sta. Cruz S.A.”.....  | 33 |
| Conclusión.....   | 35 |
| 3.2. Fallos donde se reconoce el Lucro cesante.....   | 36 |
| 3.2.1.”Sanchez Granel S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad”.....                                    | 36 |
| Conclusión.....   | 42 |
| 3.2.2.”Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”.....                         | 43 |
| Conclusión.....   | 50 |
| 3.3. Fallos donde se excluye el Lucro cesante.....  | 50 |
| 3.3.1.”Corporacion Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.....       | 50 |

|   |    |
|---|----|
| Conclusión.....                                   | 59 |
| 3.2.2.”Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”..... | 59 |
| Conclusión.....                                   | 63 |
| <br>  |    |
| Conclusión final.....                             | 65 |
| <br>  |    |
| Bibliografía.....                                 | 69 |
| Legislación.....                                  | 69 |
| Doctrina.....                                     | 69 |
| Jurisprudencia.....                               | 72 |

## Introducción

Hasta el momento preciso de la sanción de la Ley 26.944, sabemos que la responsabilidad del Estado se encontraba regida por precedentes jurisprudenciales que interpretaban con oscilaciones de variadas características, las disposiciones normativas del Código Civil derogado.

Con la promulgación de la Ley de responsabilidad del Estado en el 2014, se da una modificación a esta circunstancia. La mencionada Ley pretende llenar un vacío normativo, el cual era resuelto de forma pretoriana por la Jurisprudencia, con la aplicación por analogía de los arts. 1112 y 1113 del antiguo C. Civil. Se da por cierto que la Jurisprudencia anterior a la nueva ley, estaba basada, en principios con fundamento constitucional. Se puede afirmar que también están estos principios presente en las normas de la nueva Ley vigente. Cabe aclarar, que en el régimen Jurisprudencial preexistente, el pilar del supuesto generador de la responsabilidad del Estado aparecía muchas de las veces cambiante, y en algunas situaciones, hasta impreciso.

Como siempre acontece con las cuestiones jurídicas, las opiniones sobre esta materia no son para nada coincidentes, ni antes de la nueva ley 26.944, ni después de la misma.

Desde los fines del siglo pasado varios sectores de la doctrina jurídica de este país, han mantenido sus reparos hacia alguna posible regulación de la responsabilidad del Estado. Sostienen, que cualquier propuesta legislativa sobre el tema resulta superflua e inconveniente. Afirman, con énfasis, que la responsabilidad del estado se debe seguir construyendo de precedentes jurisprudenciales.

De todas maneras, el legislador, tomando como base el proyecto de ley enviado por el P.E.N en 2013, tomo un camino diferente con respecto a la cuestión planteada. Consideró importante dar más previsibilidad al régimen de la responsabilidad del Estado. Considero fundamental que la comunidad toda, debía poder tener acceso generalizado, con normas escritas sobre la materia.



Con estos motivos, el Congreso dentro de los parámetros de su competencia, basada en la Constitución Nacional, creyó oportuno establecer las cautelas que distinguen a la responsabilidad estatal.

Desde otros sectores, respaldaban a favor de la incorporación de la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de la responsabilidad civil y que la misma se tendría que haber ubicado como un capítulo dentro de la responsabilidad en general del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta idea no fue la opción seguida por el Poder Legislativo.

La Ley 26.944 tomó como presupuesto que la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde al campo del derecho administrativo, y que, por ende, se rige por principios y reglas especiales que son extraños a los propios del derecho privado.

Ahora, como cuestión de derecho público, la ley asume que la competencia regulatoria de la responsabilidad del Estado pertenece a las provincias, a la ciudad autónoma de Buenos Aires o, en su caso, a la Nación, según corresponda.

Por lo mencionado y fuera del art 75, inc. 12 C.N., se puede vislumbrar que los arts. 11 de la ley 26.944, reafirman la suficiente voluntad del P.E.N. y del Congreso de la Nación de abrigar y optimar la forma de estado federal consagrada en la reformada C.N. de 1994 en los arts. 1º, 121, 123, 129 y concs.

Si se realiza un examen imparcial de la ley se puede encontrar en la misma los principales lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1984. Este sistema establece que la responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva y directa, puesto 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 propias de estas (art.1º). Se puede seguir con las clases de responsabilidad reconocidas en la Ley por la actuación del Estado, el cual es el tema principal de este estudio, expuesto en los arts. 3º 4º Y 5º. En el art. 3º sienta la responsabilidad ilegítima del Estado, tomando el factor de atribución - *falta de servicio* -, continuando en el art. 4º y 5º, con el reconocimiento de la

responsabilidad legítima del Estado basado en el factor de atribución – *sacrificio especial* -.

Como toda nueva ley con sus pro y contras, solo después de su andar por el camino de lo Jurídico y el tiempo, podremos vislumbrar si la ley 26.944 de responsabilidad del Estado, y particularmente el óbice de la aplicación de la responsabilidad extracontractual lícita o ilícita, es insuficiente, o abarca toda la problemática del derecho de daños.

Las intenciones al sancionarse una ley, no son siempre las mismas que deberán primar cuando llegue el momento de su aplicación. Luis M. Boffi Boggero ex Juez de la Corte Suprema dijo, “ *una vez sancionadas las normas adquieren vida propia y se independizan del pensamiento y voluntad de sus autores*”. Citado por Lopez Mesa M. (2015).

La base de este trabajo estará centrada en la investigación de las opiniones doctrinarias al respecto de la responsabilidad extracontractual del estado por su actuación lícita, se analizaran fallos en donde ya se haya aplicado estos preceptos normativos mencionados en la Ley.

En el presente trabajo de investigación el ámbito espacial del objeto abarca desde la ley 26.944 vigente, sancionada en Julio 2 de 2014, específicamente la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima, como ha sido aplicada la misma hasta la fecha ahondando en los fallos mas salientes sobre el tema y como fue reconocido el resarcimiento en dichos casos. Se tomara en cuenta los factores de atribución dispuestos en la ley como la falta de servicio y el sacrificio especial, para luego poder apreciar como se ha ido dando el alcance de la indemnización en distintos fallos. Asimismo, se estudiará las posiciones autorales de especialistas en la materia, sobre el objetivo principal de este estudio, el cual será la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar legítimo. Se indagará en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cómo se orientaron las resoluciones de los fallos, los cuales se utilizaron para la creación de la Ley de Responsabilidad del Estado.

Luego del mencionado camino jurisprudencial, el cual algunos aseguran se encuentra plasmado en la ley, analizaremos casos específicos, en cómo fueron resueltos, los factores de atribución que se tuvieron en cuenta y la extensión del resarcimiento en los mismos y los rubros que fueron incluidos y excluidos en la indemnización. Se verán específicamente fallos en donde no se ha reconocido el lucro cesante como, Zona Franca Santa Cruz año 2009, y El Jacaranda S. A. 2005, se analizará la similitud en los criterios de la Corte con respecto a estos fallos y el reconocimiento en Juncalán Forestal Agropecuaria año 1989, y Sánchez Granel, en los cuales fue reconocido el lucro cesante. Por el contrario tomaremos los fallos Corporación Inversora Los Pinos S.A. año 1975, y Cantón Mario Elbio año 1979, en donde no fue reconocido el lucro cesante. En ambos extremos se analizaran los fundamentos y sus presupuestos.

Teniendo en cuenta lo desarrollado ut supra sobre el tema en cuestión planteado, se elaborara la conclusión final a que se arribe, donde se tendrá en cuenta la limitación de la reparación en la responsabilidad del estado por actos lícitos, como así también las inquietudes y los interrogantes que genera.

El presente trabajo está orientado al análisis de la ley 26.944 sobre responsabilidad del Estado, en lo referente a la responsabilidad extracontractual del estado por actividad lícita. En Argentina la cuestión sobre la responsabilidad del Estado ha generado controversias desde hace tiempo y hasta la actualidad, precisamente con la sanción de esta norma donde se fijan las atribuciones y límites de la responsabilidad extracontractual ilícita o lícita del Estado. Se han esgrimido posturas a favor y en contra de esta ley y su distinción constituye un aporte para entender cuáles son los argumentos en cada caso. Asimismo, con esta investigación se genera conocimiento sobre los criterios para la aplicación de la mencionada norma, los factores de atribución para su reconocimiento y los rubros indemnizables, cuáles se excluyen y cuáles se tienen en cuenta, los que redundan en mayor seguridad jurídica.

## Capítulo 1: Clases de Responsabilidad del Estado reguladas en la Ley 26.944

### Introducción:

Este capítulo estará dirigido a analizar un tema controvertido en el derecho administrativo, cual es el de la extensión de la reparación en los supuestos en que el Estado, en ejercicio de su actividad extracontractual lícita, sin mediar actuación irregular de su parte, en beneficio de la comunidad, origina un daño a los particulares, deviniendo su responsabilidad, mediante una indemnización o restitución.

Las grandes diferencias interpretativas se daban, por la ausencia de un texto expreso que regulara la materia, a expensas de una línea jurisprudencial no muy clara y con variadas opiniones doctrinarias al respecto, de las cuales, son producto de una concepción basada en principios iusprivatistas, que sustentan al Estado como representante de los intereses públicos, colocándolo en una relación de la justicia conmutativa frente a los afectados. Por lo inverso, el criterio que se debe tener en cuenta, para esta materia, es el de justicia distributiva, en donde el vínculo jurídico generado en estas circunstancias supone la relación del todo – Estado – con la parte – el o los afectados particularmente.<sup>1</sup>

El objeto de este capítulo se ciñe al tratamiento conferido a la responsabilidad estatal por actividad legítima en la Ley 26944. Esta ley se encuentra enrolada en una posición iuspublicista de la responsabilidad estatal que insta que no sea correcto someter al Estado al régimen de la responsabilidad de los sujetos privados, normado en la legislación civil, pues la responsabilidad del Estado derivada de su actuación en el derecho público, es una institución administrativista, enfrentado al derecho privado.

Se analizaran las clases de responsabilidad que la Ley reconoce sus presupuestos y requisitos para su configuración.

---

<sup>1</sup>Marienhoff, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”. En ED, 114-949.

## 1.1 La responsabilidad extracontractual del Estado: legítima e ilegítima.

Comenzando con un panorama general de la Ley 26.944 esta determina que la responsabilidad del estado es objetiva y directa (art. 1º, 2do párrafo), así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> y la mayoría de la doctrina, Cassagne, Gordillo etc.

Es objetiva porque no es necesario examinar la subjetividad del empleado o funcionario público para que la responsabilidad se configure. La culpa o el dolo no son elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sin embargo como se desprende de la jurisprudencia de la Corte, tampoco es posible declarar la existencia de responsabilidad del Estado, sin más, por el solo hecho de que el resultado lesivo se haya producido por la intervención de una autoridad estatal.<sup>3</sup>

Que sea directa hace mención que la responsabilidad del Estado no funciona como un sistema de cobertura de los perjuicios causados por los funcionarios, como en el supuesto del Código de Vélez art. 1113 2do párrafo, responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente. Sino que la imputación se aplica a través de la teoría del órgano, y el funcionario es parte integrante del aparato administrativo, no es una persona diferenciada del Estado, y en su condición de órgano es parte integrante del mismo.

Entrando en la temática planteada, se puede apreciar que en la Ley 26.944 se ha previsto la responsabilidad estatal por su actuación ilegítima (art 3º) como legítima (art. 4º y 5º).

---

<sup>2</sup>Con relación a la responsabilidad estatal por falta de servicio, la Corte sostuvo que se trata de una responsabilidad objetiva, por ende no se trata de realizar un juicio de valor sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio, por ello la responsabilidad no es subjetiva, sino objetiva. En el año 1984 el tribunal al fallar el caso “Vadell (Fallos:306:2030), con sustento en la teoría del órgano, modifico la postura anterior y determino que la responsabilidad del Estado es siempre directa y no refleja o indirecta.

<sup>3</sup>Con respecto a los daños derivados de la actividad legítima del Estado la Corte expreso que la misma no debe ser entendida como dirigida a instituir en ese ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, con el cual bastaría la mera acreditación del nexo causal entre la actividad legítima y los perjuicios, hacia los particulares, para producir la obligación de indemnización por parte del Estado.

Podemos decir que la primera fue respaldada en el factor de atribución falta de servicio.

Para la segunda se tomo como factor de atribución el sacrificio especial que el afectado no está obligado a soportar.

En la Ley no se contemplaron otros factores de atribución tales como el riesgo de las cosas o de actividades riesgosas<sup>4</sup> o la violación de la confianza legítima.<sup>5</sup>

Cabe aclarar que la Ley en su artículo 10 especifica que en caso de ausencia de normas que regulen la responsabilidad contractual del Estado, se aplicará en forma supletoria lo referente a la responsabilidad extracontractual de los art. 3º, 4º y 5º.

Otro de los cambios importantes que introduce la Ley es lo referido a la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado, regulada en el art. 7º fijándolo en tres años, extendiendo los dos años del Código derogado art 4037, el cual era considerado por la Corte suprema de aplicación para todos los casos de responsabilidad extracontractual, y se lo ordena con el plazo de prescripción establecido en el nuevo Código C. y C. de la N. art. 2561 2º párrafo, el cual hace referencia a la responsabilidad civil extracontractual.

## **1.2 La Responsabilidad por la actuación legítima del Estado.**

En lo siguiente, se verán los fundamentos y las nociones de la responsabilidad por actuación legítima plasmados en la Ley, tema abordado específicamente en el presente trabajo.

---

<sup>4</sup>Al respecto ver: PERRINO, Pablo E. “La responsabilidad del estado ocasionada por el riesgo o vicio de la cosas, en obra colectiva Organización administrativa, función pública y dominio público, RAP,Bs.As., 2005,p 503 y ss.

<sup>5</sup> Al respecto ver: COVIELLO,Pedro J. J., La protección de la confianza del administrado, LexisNexis AbeledoPerrot, Bs. As. 2004, p 438 y ss.

Se puede comenzar mencionando que la responsabilidad del Estado procede de la actuación legítima del Estado, cuando realizando procedimientos validos perjudica o lesiona los derechos de los particulares de forma normal o especial, causando daños que están por encima de las cargas o restricciones que la sociedad debe soportar. La posibilidad de responsabilizar al Estado, integra un cuadro de garantías que, vienen a equilibrar con las prerrogativas de la Administración, propias del régimen exorbitante del que se vale para satisfacer el interés público. Vale decir que la denominación régimen exorbitante, como bien se ha precisado, responde hoy solo a una convención de uso y no a su sentido originario, pues el mismo es inconcebible sin las aludidas garantías que el ordenamiento jurídico asegura a los particulares.<sup>6</sup>

En el supuesto mencionado supra el fundamento constitucional del deber de reparar radica en los art 14º,17º, y 19º, los dos primeros protegiendo el derecho de propiedad, y el tercero del cual deriva la regla *alterum non laedere*. Para Cuadros este fundamento de la reparación es la “transgresión al principio constitucional que prohíbe dañar a otro y que califica como antijurídicas dichas actividades”.<sup>7</sup>

Es de importancia el art. 16 de la C.N. donde se consagra el principio de igualdad antes las cargas públicas, el cual frena que se le imponga a un sujeto un sacrificio especial o anormal, por el cual no está obligado a tolerar, sin la correspondiente indemnización.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> CASSAGNE, Juan C., Curso de Derecho Administrativo, 2011, t. I, p. 77, Bs. As., La Ley.

<sup>7</sup> CUADROS, O. A., Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, p. 184.

<sup>8</sup> Fallos 315;1026. “Columbia S. A. C/ B.C.R.A. “ En este sentido la Corte Suprema de justicia de la Nación ha expresado que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina de la responsabilidad estatal legítima, no comprende los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productoras de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales, signifiquen para el titular un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar, sin la debida compensación económica, por la garantía consagrada en el art 17º de la C.N.

### **1.3 Elementos jurídicos que configuran la obligación de reparar los daños lícitos.**

Luego de las mencionadas aclaraciones y con el carácter excepcional que se le atribuye a la responsabilidad estatal legítima art 5° de la Ley 26.944, podemos continuar con los requisitos que se deben configurar para que sea posible:

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

En relación al *Daño*, en la nueva ley 26.994 se introducen restricciones, que podríamos decir que pueden llegar a ser inconstitucionales, al requerirse que el daño sea actual, dándose así un acotamiento en la indemnización, en la reparación y en la exclusión del lucro cesante. Con respecto a la primera restricción daño actual, la cual no es exija en la actividad ilegítima del Estado del art 3° inc. a, no parece lógica esta diferenciación para no indemnizar, aquellas circunstancias dañosas que no han finalizado su ciclo, y que de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas, podrían aumentar a futuro su perjudicialidad. En definitiva lo que se tiene que tener en cuenta es que el daño sea cierto y no eventual o hipotético. Debe darse certidumbre en cuanto a su existencia, o la suficiente probabilidad de que llegue a producirse.

En muchas ocasiones la C.S.J.N condenó al Estado a indemnizar el lucro cesante, como por ejemplo en los casos de responsabilidad de las provincias por inundaciones de los campos debido a la construcción de obras públicas urbanas, en donde se concedió la indemnización del lucro cesante por el tiempo que llevara la



recuperación de los suelos. En estos casos la corte entendió que había un grado de certidumbre objetiva del acontecer del daño.<sup>9</sup>

Dejaremos como reseña que en el art 5° 1° primer párrafo se excluye taxativamente la reparación del lucro cesante, tema que ampliaremos con detalle en el capítulo 2 del TFG.

Con respecto a la *Imputabilidad Material*, mencionaremos el art 1° de la Ley 26.944 en el cual se establece la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad provoquen. En el art. 4° inc. b) en el requisito de imputabilidad material, no menciona, cuando debería, a la inactividad del Estado. Por lo contrario si se lo hace en el art. 3 inc. b) al regular el mismo elemento para la responsabilidad ilegítima estatal. Por lo tanto estas diferencias que se expresan en los tres artículos, podría llevar a pensar que se intenta excluir la responsabilidad por omisiones legítimas. Aunque no es común que se demande al Estado por esta circunstancia, no se encuentra el justificativo para que la misma haya sido omitida.

En referencia al *Nexo Causal*, este requisito trae otra limitación a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en relación al carácter excepcional que la ley le otorga a la responsabilidad proveniente de la actividad legítima estatal. La Ley en el art 3° inc. c) en lo que corresponde a la responsabilidad extracontractual ilegítima, estipula que la causalidad sea adecuada, no exigiendo que sea exclusiva. En la responsabilidad extracontractual legítima art 4° inc. c) requiere que el nexo causal, sea directo, inmediato y exclusivo. Esto se debe a que la ley sigue a los pronunciamientos de la C.S.J.N., basado en un criterio restrictivo, donde sostuvo, que se debe acreditar una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa efecto entre el daño ocasionado por el Estado y el perjuicio producido del cual se pretende una indemnización. Al analizar el sentido que se le atribuye a dicha expresión se ha afirmado que “*relación directa de causa a efecto se refiere a las consecuencias que se producen por sí mismas, sin requerirse a la intermediación de otro acto o hecho para producir efectos*” y que “*la relación*

---

<sup>9</sup> Fallos:325:255 y 307:1515, entre otros.

*inmediata de causa a efecto concierne a aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas*".<sup>10</sup> A su vez, que la relación causal sea exclusiva significa que la responsabilidad sólo nace si el daño es producido únicamente por un acto estatal, por lo que se descarta la responsabilidad estatal por actividad legítima cuando exista una multiplicidad de factores causales.<sup>11</sup>

Tampoco es dable, pudiendo generar algunas situaciones de lesión en los particulares, que violando el derecho de igualdad ante las cargas públicas, propiedad y la regla de no dañar a otro, la sola circunstancia de que se de alguna interferencia en el nexo causal, produzca la irresponsabilidad del Estado, incluso en algunos hechos donde su participación ha sido determinante para que se configure el daño.

Por último tenemos el *factor de atribución*, el cual está plasmado en el art. 4º inc. d) y e), donde se recepta la jurisprudencia de la C.S.J.N, estipulando que el factor de atribución objetivo de la responsabilidad estatal por actividad legítima, se configurara cuando exista un sacrificio especial que el particular no está obligado a soportar. Este requisito fue expuesto por primera vez por la C.S.J.N en el caso "Columbia"<sup>12</sup>

Aunque la noción de daño especial fue receptada hace mucho tiempo, hoy en día sus alcances no están muy bien delimitados. Por lo tanto su valor dependerá de la casuística judicial.<sup>13</sup> Si se observan algunos pronunciamientos de la C.S.J.N, en algunos casos a primado un criterio cuantitativo, en donde el sacrificio es especial cuando afecta a uno o algunos sujetos y en otros fallos utilizo un razonamiento cualitativo, dando importancia a la gravedad o intensidad del daño ocasionado.

---

<sup>10</sup>SANMARTINO Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del estado" obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del estado y del funcionario público, RAP, Bs. As. 2008, P. 438.

<sup>11</sup> SANMARTINO, "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", ob. Cit. p. 488.

<sup>12</sup> Fallos:315:1026

<sup>13</sup>BIANCHI A. B., "La doctrina del sacrificio especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa", obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, BS. As., 2008, p. 28

## Capítulo 2: Alcance de la indemnización en la Responsabilidad Estatal por actividad legítima.

Introducción:

Al desarrollar este capítulo analizaremos un punto muy controvertido en la Ley 26.944, el cual hace referencia al alcance de la indemnización y la justificación de la exclusión del lucro cesante.

Este tema desarrollo varias discrepancias interpretativas con respecto a la extensión de la reparación en los casos en que el Estado, realizando una actividad extracontractual lícita, por supuesto sin que se encuentre una actuación irregular de su parte, sino por el contrario en procura de un beneficio para la comunidad, genera un daño a un particular o a varios produciéndose la responsabilidad de reparar mediante una indemnización.

La desigualdad de opiniones se daban en un principio por la ausencia de una normativa expresa que regulara la temática en cuestión, donde la jurisprudencia no era del todo clara y la doctrina se encontraba enfrentada entre privatistas y administrativistas.

De todos modos las críticas han continuado después de la sanción de la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado.

En el presente capítulo indagaremos en las distintas opiniones a favor y en contra del art 5° de la Ley, en donde estipula lo referente a la exclusión del lucro cesante. Se analizaran varios autores y se enfrentaran criterios, para exponer con claridad como cada uno justifica su enfoque. Por un lado los que están de acuerdo en la exclusión de este rubro indemnizatorio y el por qué y los que están en contra del mismo y sus fundamentos.

Por todo lo expuesto y para mayor claridad, también se verá la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo referente a la materia y como se han resuelto algunos fallos particulares en donde se reconoció el rubro lucro cesante y en otros lo excluyo.

## 2.1 Extensión del resarcimiento.

A decir de Perrino (2014), el punto en donde la Ley contraviene la jurisprudencia de la C.S.J.N, se da en la extensión del resarcimiento, no solo por el alejamiento de la indemnización del daño futuro y de los daños extrapatrimoniales – daño moral – sino específicamente por la exclusión del lucro cesante en el art. 5º 1er párrafo. La Corte Suprema de Justicia haciendo referencia al mismo ha dicho que es “las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”.

El 2do párrafo del art. 5º reproduce la fórmula del art. 10º de la Ley 21.499 de Expropiaciones, en el cual se prevé el alcance de la indemnización que debe afrontar el Estado por la expropiación de un bien.<sup>14</sup>

El autor citado estima desacertado el criterio seguido en la redacción de la Ley,<sup>15</sup> cuyo origen proviene de asimilar la expropiación con la responsabilidad legítima. Tienen un fondo común, en ambos supuestos media una actuación estatal válida que en aras del bien común lesiona derechos de terceros, pero son instituciones diferentes. A diferencia de lo que se da cuando el Estado causa daños por su actividad legítima, el efecto de la expropiación, es la privación o sustracción de la propiedad de modo directo y voluntario. En la expropiación el Estado logra que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previo pago de una indemnización.<sup>16</sup> Este efecto no lo acarrea la responsabilidad

---

<sup>14</sup> El art. 10º de la Ley 21.499 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, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses.

<sup>15</sup> GALLI BASOALDO ha expresado que la limitación al resarcimiento prevista es susceptible de ser reputada inconstitucional porque la eventual indemnización estará ínfima y se producirá un claro despojo de un quantum excesivamente considerable en la sustancia del derecho de propiedad del justiciable. (LL del 21/03/2014).

<sup>16</sup> En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación, la que traduce un cambio de valores: el expropiado deja de ser propietario de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero”

estatal legítima. En la expropiación se da una sustitución de un bien por el derecho a un crédito o precio, que asegurara el reemplazo.<sup>17</sup>

Sobre lo dicho explica Cassagne, quien fue coautor del anteproyecto de la Ley 21.499, que el régimen expropiatorio regula la indemnización con arreglo a pautas diferentes del derecho privado, instituyendo un sistema que gira en torno a dos conceptos: uno de carácter central, el valor objetivo del bien, que no se asimila a la idea civilista del daño emergente, y otro complementario, que apunta a cubrir los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación. Sobre esta base concluye que el rubro lucro cesante en la Ley expropiatoria prohíbe compensar las ganancias futuras de carácter eventual, y se fundamenta en el propósito de evitar que la expropiación se torne en una fuente de enriquecimiento para el expropiado.<sup>18</sup> Por lo tanto es normal que en la Ley expropiatoria el art. 10º, con respecto a compensar el perjuicio menciona el valor objetivo del bien.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina han señalado que el valor objetivo de un bien equivale o se identifica con el denominado valor de mercado, el cual cuando se trata de activos o cosas, que tienen la capacidad para producir unidades económicas, se mide mensurando aquellas.

La jurisprudencia actual de la C.S.J.N., ha reconocido como principio la reparación del lucro cesante en la responsabilidad extracontractual legítima del Estado siempre y cuando el daño haya sido fehacientemente probado. Esto surge de varios fallos, en donde se responsabilizo a la provincia de Bueno Aires por los daños a los ribereños, en razón de la ejecución de obras públicas, en donde se dieron inundaciones. Así también en las causas “El Jacaranda S. A. c/ Estado Nacional”, “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional P.E.N. s/ Daños y Perjuicios”. Aunque después el rubro lucro cesante fue excluido por no haber sido debidamente acreditado en las causas.

---

Schoo Devoto de Marino, Susana E. C/ D.N.V s/ Expropiación. (Fallos: 329:5467).

<sup>17</sup>Perrino Pablo E. “Responsabilidad civil y seguros – Año XVI – n° 12 diciembre 2014

<sup>18</sup>Cassagne, Curso de Derecho Administrativo, cit. t. II, pag.284/286.

Con referencia a la temática señala Aberastury que las restricciones contenidas en la Ley, podrían controvertir la garantía establecida en el art. 17° C.N., por lo que “(...) el control de constitucionalidad y de convencionalidad será motivo de aplicación en los supuestos de una aplicación irrazonable de las limitaciones contenidas en la LRE”.<sup>19</sup>

Desde otra postura Tamayo (2015), expresa que la consideración de la responsabilidad estatal como una materia propia del derecho administrativo, es la clave para entender la solución legal que restringe la pretensión resarcitoria ejercida contra el Estado Nacional por su responsabilidad extracontractual lícita.<sup>20</sup> Se puede argumentar que a falta de una norma expresa, correspondía aplicar analógicamente los principios de la expropiación, y así se limitaba el reconocimiento solo al rubro daño emergente y se excluía el del lucro cesante. Se puede decir que el fundamento mencionado es el criterio seguido por la C.S.J.N en los casos “Los Pinos” y “Motor Once”, como en los votos de la Dra. Highton de Nolasco en “ El Jacaranda”, Zona Francas” y “Malma Trading”.

En esta postura, Comadira (2003), explica que el principio de la integralidad de la indemnización no posee sustento en el plano constitucional, pues si el fundamento para reconocer su admisión fuese la garantía de la propiedad, ello implicaría atribuir a la Constitución el reconocimiento de un derecho absoluto.<sup>21</sup>

Para Perrino la solución adoptada por el legislador en la Ley 26.944, representa un ejercicio de discrecionalidad legislativa de la que se halla investido por mandato constitucional. Por lo tanto la norma atributiva de competencia del legislador – la Constitución – establece lineamientos generales, que deben traducirse en la satisfacción de fines públicos. Después la determinación y realización de los

---

<sup>19</sup>AERASTURY, Pedro, “Principios de la Responsabilidad del Estado”, en P. Aberastury, (dir.) Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26944, Bs. As., Abeledoperrot, pp49/50.

<sup>20</sup>TAMAYO SILVA Gustavo E. “Responsabilidad del Estado – Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944 – El resarcimiento en los supuestos de responsabilidad extracontractual lícita del Estado, Su alcance en la Ley 26.944” 1ra. Edición – noviembre 2015 pág. 231.

<sup>21</sup>COMADIRA, J. Rodolfo, Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios, Bs. As., Lexisnexus Abeledoperrot, 2ª ed.,2003,pp.338/417.

mismos corresponde al arbitrio legislativo, y un peldaño más abajo a los órganos administrativos que aplican la Ley, y crean derecho, en el momento que se emplea la misma.

Ante la contundencia del texto de la Ley 26.944, se podría decir que resultan insignificantes las consideraciones desfavorables a la extensión analógica del instituto de la expropiación que menciona la Ley en su Art. 5º, que algunos autores se empeñan en remarcar, pues nos hallamos ante una consagración legislativa expresa. Por tal motivo se puede afirmar que la Ley 26.944 destaca, en el punto objeto de este tema, el test de razonabilidad de las leyes, respetándose la regla del equilibrio conveniente o de las relaciones sustanciales.

Con lo expuesto podemos agregar que el no reconocimiento de una reparación integral por los daños causados por actividad estatal lícita privilegia el interés público por sobre el particular, en efecto, la solución legal plasmada en la Ley 26.944 acota o restringe el interés patrimonial o dinerario de los particulares.

Expresado de otro modo, y siguiendo a ALEXY (2008), podemos decir que el órgano legislativo ha considerado que los principios, que son normas que ordenan algo deben ser cumplidos en la mayor medida posible<sup>22</sup>, a diferencia de las reglas que son obligatorias, y estos principios admiten distintos grados de cumplimiento, constituyendo, mandatos de optimización. Las características de estos mandatos es la gradualidad, sea a la intensidad con la que se cumplen, sea en cuanto a la frecuencia con la que se imponen frente a otros con los que entra en conflicto.<sup>23</sup>

No resulta fácil entender lo expuesto, sin desentrañar la noción de “interés público”. Pero se puede decir que esta idea se conecta directamente con el concepto de Estado, siendo el interés público el presupuesto de la organización y función administrativa estatal. Muchas veces es la Constitución la que define el interés público, luego el legislador les da la precisión necesaria a la mayor parte de los

---

<sup>22</sup>Alexy Robert, Teoría de la argumentación jurídica, 2ª ed. Madrid 2008.

<sup>23</sup>Ortega, Luis y de la Sierra, Susana (Coords.) Ponderación...op. Cit., p.22, con cita de A. García Figueroa, Principios y positivismo jurídico, CEPC, Madrid, 1998.

elementos componentes del mismo. Finalmente la Administración es competente para definirlo en el dominio no reservado al legislador.

En definitiva expresa Perrino, que la limitación legal que estipula la Ley 26.944, se justifica en tanto la actividad lícita del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en la normas de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se hallan involucrados intereses privados.

## **2.2 El quantum indemnizatorio en los supuestos de responsabilidad lícita.**

Se puede afirmar que el punto concluyente de la responsabilidad extracontractual lícita del Estado, antes sin legislación específica, y ahora con el texto expreso de la Ley 26.944, ha sido y es la *inclusión o no del lucro cesante* como rubro en la cuenta indemnizatoria, dándose como se lo ha explicado detalladamente supra, posiciones variadas en la doctrina y la jurisprudencia.

Generalizando porque las posiciones doctrinarias ya han sido expuestas, mencionamos las dos grandes posturas.

Por un lado los que incluyen el lucro cesante en el territorio de la responsabilidad estatal lícita, con su postura en el derecho constitucional a la reparación integral y plena.

Del otro lado los que asentándose sus fundamentos en la analogía antes de la Ley 26.944 y de acuerdo ahora con el art 5° de la misma Ley, están en concordancia de la aplicación de los principios de la Ley de Expropiaciones dentro del derecho público, consideran pertinente no incluir el lucro cesante en los casos en que el estado ocasiona un daño por su actividad legítima.

Dicho esto analizaremos la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre este aspecto, y observaremos como fue considerado el rubro lucro cesante en distintos casos de responsabilidad



extracontractual lícita del Estado. Realizaremos un análisis sucinto de los fallos más relevantes.

Se puede comenzar con el fallo “Corporación Inversora Los Pinos c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del año 1975, el tribunal fundó en que el deber indemnizatorio en las disposiciones del art. 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, revocación del acto por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, no establece manifiestamente el alcance de la reparación.

Seguimos con el fallo “Canton, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional”<sup>24</sup> del año 1979, en donde se planteo la nulidad é inconstitucionalidad del decreto 2118/7, donde se prohibía la importación de algunos productos específicos. El Tribunal Superior sostuvo que la norma cuestionada era legítima, debiendo aceptarse en la especie que la expropiación era el instituto con mas analogía con el tema planteado, y aplico el art 10° de le Ley 21.499, en donde en sus fundamentos admitió el daño emergente y desestimo el lucro cesante.

Posteriormente en el año 1984 en el fallo “Eduardo Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad”<sup>25</sup>, la mayoría del Tribunal reconoció la procedencia del lucro cesante, en un supuesto de responsabilidad contractual por actividad lícita, los votos se fundaron en el principio de la reparación integral, y la justificación fue que el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, no aclara el alcance de la indemnización y por lo tanto se debe estar a favor del reconocimiento del lucro cesante, en vez de su exclusión. Adicionaron a este fundamento que la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, presume una restricción constitucional del derecho de propiedad, y aplicaron analógicamente el art 1638 del derogado Código Civil, que facultaba a los jueces a reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia. En este fallo no se reconoció el lucro

---

<sup>24</sup> CSJN, Fallos, 301:403 “Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional s/ordinario” (15-V-1979).

<sup>25</sup> CSJN, Fallos, 306:1409 “Eduardo Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad” (20-IX-1984).

cesante en forma integral, sino que fue una indemnización por equidad, basada en la sana crítica racional de los jueces.

En el año 1989 fallo “Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”,<sup>26</sup> caso de responsabilidad extracontractual, el Máximo Tribunal, rechazó el lucro cesante, adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. María Reiriz. Para desestimar el lucro cesante, la Dra. Reiriz manifiesta que el accionar del municipio era un acto emanado del ejercicio regular del poder de policía, y por lo tanto, se trataba de un supuesto de responsabilidad por actividad lícita del Estado. Con este sustento solo se indemnizó el daño emergente porque no había una norma jurídica expresa que reconociera el lucro cesante.

En el caso “Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”,<sup>27</sup> la Corte Suprema de Justicia, resolvió un supuesto de responsabilidad por acto lícito, originado por la inundación de un campo, a consecuencia de trabajos hidráulicos realizados por el Estado Provincial para canalizar el Río Quinto, y así evitar inundaciones de zonas pobladas con mayor productividad.

En este fallo se expusieron tres argumentos diferentes con respecto al reconocimiento del rubro lucro cesante. Los ministros de la Corte Belluscio y Petrachi reeditaron los argumentos planteados en el caso “Sánchez Granel” donde se referencia el principio de la reparación integral. El ministro Fayt, reitera su postura en las causas “Sánchez Granel” y “Motor Once” y se inclina por la aplicación analógica de la Ley de Expropiación. Sin embargo consideró que debía ser indemnizado el valor del uso del inmueble. Este voto sienta el principio de improcedencia del lucro cesante como regla y que podría ceder ante supuestos excepcionales, como en los hechos en donde, la exclusión de este rubro daría como resultado situaciones violatorias de la garantía constitucional del derecho de propiedad. Significaría otorgar al demandante una indemnización tan mínima que

---

<sup>26</sup>CSJN, Fallos ,312:469 “Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”(9-IX-1989).

<sup>27</sup> CSJN, Fallos, 312:2266 “Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/Provincia de Buenos Aires”(23-XI-1989)

llevaría al abuso de su derecho de propiedad. Por último el ministro Bacqué, también rechaza el rubro lucro cesante pero como principio y admite que debe reconocerse en forma excepcional y tomando en cuenta las circunstancias especiales del caso, en donde si se lo niega implicaría la supresión del derecho de propiedad, por lo tanto en la particularidad el lucro cesante debe admitirse.

Como se puede observar en las tres posturas, hay un factor común a todos, que es el de considerar el lucro cesante, solo en los casos, en donde negarlo sería una clara violación del derecho de propiedad.

Como corolario de lo expuesto, se puede sintetizar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechazo el rubro lucro cesante en los casos “Canton” y “Los Pinos”, luego lo considero en “Sánchez Granel”, pero en forma limitada por la indemnización de equidad, volvió a negarlo en la causa “Motor Once” y por último lo concedió en “Juncalan Forestal” con las características mencionadas.

### **2.3 Apreciación sobre el daño moral en la Ley 26.944.**

Con respecto a la indemnización del rubro daño moral, analizaremos si el mismo está contemplado en la Ley 26.944.

En el art. 5° 2do p. no se contempla la reparación del daño moral, solo está prevista una indemnización del “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.”

Es cierto que el daño moral no compone el valor objetivo del bien. Pero rechazar su reparación no tiene justificación lógica, constituyendo una violación a los preceptos constitucionales de los art 14° y 17° que velan por el derecho a la propiedad y el art 19° que comprende la regla de no dañar a otro, así como también la del art 16° que protege la igualdad ante las cargas públicas. Por lo expuesto, se debería realizar una interpretación amplia del 2do párrafo del art 5°, en

la parte donde dispone “los daños que sean una consecuencia directa e inmediata...”, permitiría comprender entre estos perjuicios a los de índole moral. Por lo tanto, Pizarro sostiene que el daño moral es “una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.<sup>28</sup>

Tomando en cuenta la intención del legislador, se podría interpretar, que no se debe estipular para establecer el daño indemnizable a las circunstancias de carácter personal y los valores afectivos, sino que el valor del bien se calculara con criterio objetivo. Es decir el valor objetivo del bien será fijado por las reglas de la economía y no la apreciación intersubjetiva que se tenga del mismo.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, Daño Moral, 1ª reimpresión, Hammurabi, Bs. As., 2000.

<sup>29</sup>Menciona MARIENHOFF, haciendo referencia al art. 10 de la Ley 21.499, que “El valor afectivo no se indemniza en estos casos porque no integra el valor objetivo del bien”. Lo afectivo constituye un simple valor subjetivo, que por principio general, se mantiene en lo interno de la mente del propietario, sin manifestaciones exteriores. La exclusión del valor afectivo como rubro a indemnizar es razonable, de ahí su juricidad. – Tratado de Derecho Administrativo, cit. T, IV, p 252.

## Capítulo 3: **Análisis Jurisprudencial.**

### Introducción

En esta parte se considerarán distintos fallos jurisprudenciales, se indagará en los mismos, se observará especialmente lo atinente al capítulo en cuestión, se observarán las regularidades en los fallos “El Jacaranda S.A.” y “Zona Franca Sta. Cruz S.A.”.

Se examinara porque se rechazó el rubro lucro cesante y los fundamentos de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Corporación Inversora los Pinos”, año 1975 y “Canton Mario”, año 1979. Por lo contrario se ahondara en los fallos “Sanchez Granel”, año 1984 y “Juncalan Forestal”, año 1989, en los cuales el máximo Tribunal en el primero reconoció el rubro lucro cesante de forma parcial basado en una indemnización de equidad, y en el segundo lo concedió pero con una reducción en el quantum indemnizatorio. En cada fallo expondremos los votos de cada uno de los integrantes de la C.S.J.N, para que se pueda observar los distintos argumentos con respecto al reconocimiento o exclusión del rubro lucro cesante. Es de importancia destacar que los fallos mencionados ut supra, son los de mayor relevancia sobre la temática planteada y que la doctrina administrativista sostiene que son los plasmados en la ley.

### **3.1. Regularidades de criterios en los fallos “El Jacaranda S.A.” y “Zona Franca Sta. Cruz S.A.”.**

#### 3.1.1 “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional”

En este fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de reconocimiento”<sup>30</sup>, la actora peticiona la nulidad de un acto administrativo que

---

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 28/07/2005, en autos “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional s/ Juicios de conocimiento.” Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-jacaranda-sa-estado-nacional-juicios-conocimiento-fa05000336-2005-07-28/123456789-633-0005-0ots-eupmocsollaf>

revoca la licencia para la explotación de una radiodifusora en Gral. Urquiza, de Paraná.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, hizo lugar a la apelación del Estado Nacional, revocó la sentencia de primera Instancia, que hizo lugar a la demanda de nulidad de acto administrativo y resarcimiento de daños y perjuicios, contra este fallo la actora interpuso recurso de apelación y recurso extraordinario federal.<sup>31</sup>

Que por resolución se licito la radiodifusora sonora L.T 14 Radio General Urquiza, de Paraná, y se adjudico a El Jacaranda S.A. La entrega no se realizo por parte de la administración y la actora promovió amparo, el cual fue favorable, para la entrega de la emisora. La secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación, recibió las actuaciones para la determinación del resarcimiento por daño emergente, correspondiente a la actora,<sup>32</sup>

Expondremos el fundamento de la Cámara para la revocación del fallo de primera instancia y los argumentos expuestos.

La Cámara revoco el fallo de Primera Instancia, que considero ilegitimo el decreto y ordeno la entrega de la Emisora a la actora. El a quo sostuvo que son facultades de la administración revocar licitaciones adjudicadas, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, indemnizando los perjuicios causados. En cuanto a la indemnización estimo procedente el resarcimiento del daño emergente, con exclusión del lucro cesante. No obstante lo expuesto él a quo rechazo la pretensión, debido a que la actora no había demostrado en autos los gastos afrontados para la adjudicación, con carácter de daño emergente.<sup>33</sup>

Por lo mencionado supra es que el Jacaranda S.A. impugna el fallo de la Cámara, interpone recurso extraordinario, solicitando que se tome la doctrina del

---

<sup>31</sup> Conf. 1º Fallo “El Jacaranda S. A. c/ Estado Nacional”

<sup>32</sup> Conf. 3º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional “

<sup>33</sup> Conf. 5º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional “

precedente “Sanchez Granel” en cuanto a la admisión del rubro lucro cesante en la indemnización debida por el Estado.

La Corte sostuvo que cuando la actividad lícita, basada en el interés colectivo, se constituye en fuente de daño a los particulares, deben ser resueltos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. Y expone que los jueces deben ser prudentes a la hora de resarcir estos daños y se debe acreditar una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa efecto, entre la conducta y el perjuicio.<sup>34</sup>

La Corte sostiene que no hay fundamento como principio general para limitar la reparación al rubro daño emergente con exclusión del lucro cesante, que significaría por lo segundo no resarcir las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas. Pero de la prueba pericial se desprende que la actora en definitiva no realizó desembolso alguno con respecto a la licitación obtenida.

Corresponde analizar la concreta prueba (...) tal como lo destaca el Tribunal a quo, la actora no produjo prueba respecto de los gastos afrontados (...)<sup>35</sup>

La parte actora se ha limitado a impugnar la exclusión de rubro lucro cesante sin presentar un solo desarrollo sobre los concretos daños que no le habían sido reconocidos en la segunda instancia. No se ha probado una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la Cámara sobre el punto.<sup>36</sup>

Por ello se declara desierto el recurso extraordinario (...) y se confirma la sentencia en lo restante que ha sido motivo de agravio (...) Enrique S. Petrachi – Augusto C. Bellusio – Juan C. Maqueda – E. Raúl Safaroni – Elena I. Highton de Nolasco (según su voto) – Ricardo Lorenzetti – Carmen Argibay.

---

<sup>34</sup> Conf. 8º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional “

<sup>35</sup> Conf. 9º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional “

<sup>36</sup> Conf. 10º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional”

Con respecto al mismo fallo veremos el voto de la Ministra Dra. Elena Haighthon de Nolasco.

La Ministra de la Corte manifiesta que cuando la actividad legítima del Estado en miras al interés colectivo ocasiona perjuicios a los particulares, deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. Lo justifica sosteniendo que es doctrina de la Corte y explica su decisión

Que esta corte ha manifestado (...) que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa (...) se constituye en causa eficiente de un perjuicio,... esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito. Esta doctrina, que encuentra fundamento en la garantía de inviolabilidad de la propiedad y en la igualdad ante la ley y las cargas públicas (arts. 14, 17 y 16 de la C.N.), es plenamente aplicable al caso.<sup>37</sup>

La ministra sostiene que en este tipo de causas en la cuales no hay normativa expresa se debe acudir a leyes análogas, basadas en principios de derecho público y por lo tanto la indemnización tiene que ser en la esfera del derecho administrativo. La norma en la que se puede encontrar solución por analogía para la cuestión planteada es la ley de Expropiaciones 21.499, la cual estipula en su art. 10 que no se pagará lucro cesante, con este criterio, estima que la indemnización en el presente caso debe abarcar al daño emergente. Pero en la prueba aportada por la actora la misma no demostró que haya incurrido en gastos e inversiones, por tal motivo no corresponde resarcimiento alguno, por el obrar lícito del Estado.

Que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación en autos, conduce a encontrar la solución en la ley Nacional de Expropiaciones 21.499 (...) En el Art. 10 (...) establece (...) No se pagará lucro cesante (...).<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Conf. 9º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional” voto Ministra Elena Highton de Nolasco.

<sup>38</sup> Conf. 12º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional” voto Ministra Elena Highton de Nolasco.



Que por aplicación del criterio expuesto, la indemnización en casos como el presente debe ceñirse, en principio, al daño emergente.<sup>39</sup>

Que resta, pues, examinar la concreta prueba (...) acerca del pretendido reconocimiento del daño emergente...como bien lo ha destacado el tribunal a quo, la actora no produjo prueba al respecto de gastos afrontados...ni adujo la realización de gastos e inversiones (...)<sup>40</sup>

Por ello, se declara parcialmente desierto el recurso ordinario de la parte actora en los términos del considerando 7º, y se confirma la sentencia en lo restante que ha sido materia de agravio (...). Elena Highton de Nolasco.

### 3.1.2. “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional”

En este fallo “zonas Francas Santa Cruz S. A. c/ Estado Nacional – P.E.N. – Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”<sup>41</sup>, la parte actora demanda al Estado Nacional por el dictado del decreto 1583/96, que dispuso dejar sin efecto el decreto 520/95, que le otorgaba la explotación de las dos zonas francas de Río Gallegos y Caleta Olivia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo sala V confirma la decisión de primera instancia y condena al Estado a pagar a la actora la suma de \$5.430.600 pesos por los daños y perjuicios que le ocasiono a la actora el dictado del decreto 1583/96.

Que, para decidir de ese modo, tanto el Juez de Primera Instancia como la Cámara consideraron que el Estado Nacional tenía responsabilidad por los daños

---

<sup>39</sup> Conf. 13º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional” voto Ministra Elena Highton de Nolasco.

<sup>40</sup> Conf. 17º Fallo “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional” voto Ministra Elena Highton de Nolasco.

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 09/06/2009, en autos “Zona Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional – P.E.N – Dto. 1583-96 s/ daños y perjuicios”. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-zonas-francas-santa-cruz-sa-estado-nacional-pen-dto-1583-96-danos-perjuicios-fa09000037-2009-06-09/123456789-730-0009-0ots-eupmocsollaf>

derivados de su accionar legítimo (...) y condenaron a la demandada a pagar la suma de \$414.743 por el daño emergente y \$5.015.857 por lucro cesante (...). Contra la resolución de la Cámara el Estado interpuso recurso ordinario de apelación.<sup>42</sup>

La corte sostiene que el decreto dejado sin efecto fue por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, fundado en la legitimidad de los actos que tiene el Estado.

La demandada expone que la Cámara reconoció varios daños basada en afirmaciones hipotéticas.

Que, sin embargo, asiste razón al recurrente en cuanto señala que la sentencia de Cámara reconoció varios daños sobre la base de afirmaciones dogmáticas, sin dar adecuada repuesta a las sucesivas impugnaciones realizadas por el Estado Nacional al dictamen pericial en el que el a quo fundó su decisión.<sup>43</sup>

Recordamos que para que se configure la responsabilidad, son requisito un daño cierto y la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio.

Se puede afirmar que por la prueba rendida en autos la actora no demostró que los gastos ocasionados tengan relación causal con la decisión del Estado de revocar el permiso de exportación de la misma manera tampoco acreditó el lucro cesante reclamado.

Cabe concluir que la accionante no logró acreditar que las erogaciones...guarden nexo causal relevante...con la conducta del Estado Nacional (...). También asiste razón al apelante en cuanto alega que la actora no acreditó debidamente el lucro cesante.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup>Conf. 2º Fallo “Zonas Francas Sta. Cruz S.A. c/ Estado Nacional”.

<sup>43</sup> Conf. 5º Fallo “Zonas Francas Sta. Cruz S.A. c/ Estado Nacional”.

<sup>44</sup> Conf. 6º Fallo “Zonas Francas Sta. Cruz S.A. c/ Estado Nacional”.

Por ello se declara admisible el recurso ordinario interpuesto, se revoca parcialmente la sentencia apelada, de conformidad con lo expresado en el considerando 6º y se fija la indemnización en la suma de \$124.221.05. Ricardo Lorenzatti – Elena Highton de Nolasco (según su voto) – Carlos Fayt – Enrique Petracchi – Juan Maqueda – Carmen Argibay.

Se analiza el voto emitido por la Ministra Dra. Elena Highton de Nolasco.

La Ministra expone que la actora no acreditó los gastos, estima pertinente no condenar al Estado al pago del lucro cesante y remite a los fundamentos que dio en su voto en la causa “El Jacaranda S.A c/ Estado Nacional”, en donde expuso que para estos casos se debe recurrir a leyes análogas, que la que más se condice por ser de derecho público es la ley de expropiaciones y que la misma en su art 10º no reconoce la indemnización del lucro cesante por el accionar lícito del Estado.

En tales condiciones, cabe concluir que la accionante no logró acreditar que las erogaciones (...) guarden nexo causal relevante (...) con la conducta del estado. Finalmente, se debe revocar la sentencia en cuanto condena al Estado Nacional al pago del rubro lucro cesante. Al respecto corresponde remitir a los fundamentos y conclusiones desarrollados en los considerandos 8º del voto de la jueza Highton de Nolasco en la causa “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional s/ juicio de conocimiento”, sentencia del 28 de julio de 2005 (Fallos: 328:2654) en los que se concluyó que la condena al Estado por los daños y perjuicios ocasionados por su actividad lícita no alcanza la reparación por lucro cesante.<sup>45</sup>

Por ello (...) se revoca parcialmente la sentencia apelada (...). Elena Highton de Nolasco.

### **Conclusión:**

En resumen podemos ver que en estos dos fallos de la Corte, encontramos una regularidad en los criterios y siguen un mismo patrón en cuanto al fundamento,

---

<sup>45</sup> Conf. 1º Fallo “Zonas Francas Sta. Cruz S.A. c/ Estado Nacional”. Según voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco.

cuando se trata de la indemnización que debe resarcir el Estado Nacional en su accionar lícito.

En el primer fallo “El Jacaranda S. A.” se reconoce que cuando el Estado en su actuación legítima ocasiona daño a los particulares los mismos deben ser reparados pero la actora al no demostrar fehacientemente los gastos realizados se le niega indemnización alguna. En el mismo fallo el voto de la Dra. Highton de Nolasco concuerda con que los daños ocasionados por el Estado en su obrar lícito deben ser indemnizados, siempre que la actora hubiera acreditado los gastos, cosa que no realizó. Y sostiene que de corresponder indemnización se debe utilizar por analogía, al carecer de norma específica aplicable al caso, la ley de Expropiaciones en la cual no se admite el reconocimiento del rubro lucro cesante.

En el segundo fallo “Zona Franca Sta. Cruz S.A.” la corte de la misma manera que el fallo anterior reconoce que los daños que perjudiquen a los particulares debido al accionar lícito de la administración deben ser indemnizados. En el caso en particular a la accionante solo se le reconoció indemnización por el rubro daño emergente en parte por la revocación de la licencia por parte del Estado, pero se desestimó el rubro lucro cesante por basarse en presunciones hipotéticas sobre las probabilidades ciertas de utilidades que la actora decía esperar. En el voto de la Dra. Highton de Nolasco, la Jueza remite a lo resuelto por ella en la causa “El Jacaranda S.A.” en donde para resolver la problemática planteada recurre por analogía a la ley de Expropiaciones en la cual no se reconoce el rubro lucro cesante art. 10º ley 21.499, por los perjuicios ocasionados por la Administración en su actuar lícito.

### **3.2 Fallos donde se reconoce el Lucro cesante.**

#### **3.2.1. “Sanchez Granel S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad”.**

Con respecto al fallo mencionado el Procurador General de la Nación dictamina lo siguiente.

El recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia resulta formalmente procedente.

En cuanto al fondo del asunto, el Estado Nacional (Dirección Nacional de Vialidad) es parte y actúa por medio de apoderado especial, motivo por el cual solicito a V.E. me exima de dictaminar.

El recurso extraordinario concedido parcialmente resulta improcedente en orden a que ha sido concedido simultáneamente el ordinario y éste es comprensivo de la plena jurisdicción de la Corte (Fallos: 273:389). Buenos Aires, 12 de junio de 1982. Mario Justo Lopez.

Posterior al dictamen del Procurador General la Corte analiza la cuestión planteada.

La sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la sentencia de primer grado en lo que fue objeto de recurso y agravio en el caso “Sánchez Granel c/ Dirección Nacional de Vialidad”<sup>46</sup>.

En consecuencia no hizo lugar al pedido de la actora que pretendía resarcimiento por el lucro cesante, a cuyo pago dice tener derecho la parte actora, con motivo de haber sido revocado por la Dirección Nacional de Vialidad el contrato de obra pública para la construcción de la “Ruta 215 tramo La Plata Loma Verde (sección Abasto Etcheverry)”<sup>47</sup>.

Contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso ordinario de apelación, el cual fue concedido por el a quo. Con respecto al recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpuesto también por la actora, que fue concedido parcialmente por el tribunal, el mismo deviene

---

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 20/09/1984, en autos “Sánchez Granel c/ Dirección Nacional de Vialidad”. Recuperado de <http://catedra-marcersammartino.blogspot.com.ar>.

<sup>47</sup> Conf. Punto 1º. Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V

improcedente toda vez que declarada admisible la apelación ordinaria, ésta habilita la plena jurisdicción de la Corte.<sup>48</sup>

Concedido el recurso la Corte Suprema en mayoría estima que la resolución de un contrato por parte del Estado en forma unilateral no lo exime de responsabilidad.

Que este Tribunal juzga que asiste razón al apelante, en el sentido de que, la legitimidad del proceder del Estado en la resolución de un contrato de forma unilateral por motivos de oportunidad, mérito y conveniencia, no lo releva de la obligación de resarcir los daños derivados de la resolución, y no puede limitarse la responsabilidad solo al rubro daño emergente con exclusión del rubro lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debidas y estrictamente comprobadas.<sup>49</sup>

Afirma el máximo tribunal basado en doctrina y jurisprudencia, que el principio general es la reparación integral por parte del Estado cuando en el desarrollo de su actividad lícita ocasiona perjuicios a los particulares.

Superadas la época de la limitación de la responsabilidad estatal a los casos de culpa “in eligiendo o in vigilando” o a los de “iure imperio”, es principio en la doctrina en general y de la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares.<sup>50</sup>

Que este principio se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado, que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituyen enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable. Dicha indemnización podrá encontrar obstáculos, tal vez, en

---

<sup>48</sup> Conf. Punto 3º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>49</sup> Conf. Punto 4º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>50</sup> Conf. Punto 5ª Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular.<sup>51</sup>

Por mayoría la Corte sostiene que la ley de Obras Públicas no contiene normas específicas, que desconozcan el rubro lucro cesante. En cuanto a este punto en particular es donde se da la disidencia de los Doctores Caballero y Fayt, los cuales sostienen que el tema en cuestión debe resolverse por ser de orden administrativo, por la ley de contratación de Obra Pública, por ser la misma de Derecho Público.

Que este último supuesto es ajeno a la especie, pues la ley de obras públicas no contiene normas que releguen, en el caso, el lucro cesante.... No tienen este alcance los arts. 30 y 38 de la ley 13.064, el primero alude a alteraciones del proyecto de parte de la administración, y el segundo a la supresión total de un ítem. Tampoco se opone el art. 34, referente a la supresión de las obras contratadas, pues establece que se debe indemnizar todos los gastos y perjuicios, ni los distintos incisos del art. 53 que dan lugar a la aplicación del art 54 inc. f) que descarta el lucro cesante, y se refiere a circunstancias distintas a las de esta causa, ni el art 18 de la ley 19.549 que, al no aclarar cuáles son los alcances de la indemnización de perjuicios, funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición (declarada por él a quo), porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad.<sup>52</sup>

La Corte expresa que no es conveniente resolver la cuestión por analogía utilizando la ley de expropiaciones, la cual en su art. 10 no reconoce el lucro cesante en las indemnizaciones. Lo justifican en el sentido de que de ser así se violaría el derecho de propiedad de los particulares consagrado en la Constitución Nacional.

Que no cabe omitir la reparación de que se trata sobre la base de una extensión analógica de la ley de expropiaciones. No sólo porque esta exime al

---

<sup>51</sup> Conf. Punto 6º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>52</sup> Conf. Punto 7º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

Estado, sino porque supone una restricción constitucional del derecho de propiedad (...).<sup>53</sup>

No impone una solución contraria la invocación de la Administración de razones de fuerza mayor, basadas en los inconvenientes de orden económicos-financieros que repercutieron negativamente sobre los recursos que dispone la Repartición. Es cierto que parte de la doctrina y jurisprudencia extranjera han admitido, la excusa de la fuerza mayor para oponerse al pago de la indemnizaciones en los casos de rescisiones unilaterales no culpables de contratos administrativos solo por el motivo de guerra y por lo tanto de imposibilidad de ejecución total. Por lo tanto los inconvenientes económicos-financieros no son fundamento suficiente para eludir la indemnización.<sup>54</sup>

Que declarada la admisibilidad del lucro cesante, para evaluar en el caso tal menoscabo patrimonial es necesario atenerse al art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomando como elemento indiciario la pericia practicada en autos.<sup>55</sup>

La Corte deja en claro que, aunque se reconozca el rubro lucro cesante, en el caso en particular el mismo debe ser estimado con un criterio de equidad.

Que teniendo en cuenta estas circunstancias, el momento en que debe llevarse a cabo la obra, y la situación económica por la que atravesaba el país, corresponde actuar con suma prudencia en la estimación del lucro cesante, y no parece inadecuado recurrir por analogía, a la norma del art. 1638 del Código Civil, cuya última parte faculta a los jueces a establecer esa utilidad apreciándola con equidad (doctrina de fallos, t.286, p. 333; t. 296 p. 729 y otros).<sup>56</sup>

Que sobre las bases expuestas se fija en \$a 29.000.000 a la fecha de esta sentencia, el monto del lucro cesante que la demandada deberá abonar a la actora,

---

<sup>53</sup> Conf. Punto 8º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>54</sup> Conf. Punto 9º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>55</sup> Conf. Punto 10º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>56</sup> Conf. Punto 12º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.



suma que será reajustada al momento del pago sobre la base de los índices de precio al consumidor suministrados por el INDEC.<sup>57</sup>

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General acerca de la admisibilidad del recurso ordinario deducido, se revoca la sentencia apelada y se fija la suma de \$a 29.000.000 por resarcimiento por el lucro cesante. Declárese improcedente el recurso extraordinario interpuesto. Genaro R. Carrió. José S. Caballero (en disidencia). Carlos S. Fayt (en disidencia). Augusto C. Bellusio. Enrique S. Petracchi.

En este fallo veremos las disidencias de los doctores Caballero y Fayt.

Que en el caso no se discute que el Estado es el responsable y debe resarcir los daños por la revocación del contrato de obra pública, sino el alcance, frente a las circunstancias, de la indemnización a reconocer al damnificado. El tribunal a quo la limita al daño emergente.<sup>58</sup>

Los miembros de la Corte en disidencia, sostienen que el Estado puede resolver unilateralmente un contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia y que la otra parte cuando contrata con organismos públicos, debería haber sabido, o saber que estas circunstancias pueden ocurrir y que al Estado le está permitido este accionar.

Que para el análisis de este aspecto corresponde dejar sentado que la responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la función administrativa (...), se rige por principios propios del derecho público (...), los que difieren de las reglas de la responsabilidad aplicada a las relaciones privadas. En estos casos el Estado no tiene necesidad de rescindir unilateralmente, sino que le está permitido revocar directamente por razones de mérito, oportunidad o conveniencia de carácter general.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Conf. Punto 13º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>58</sup> Conf. Punto 5º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

<sup>59</sup> Conf. Punto 6º Fallo Sanchez Granel S.A. c/ D.N.V.

Que en el sub examine no se dan los extremos de ilicitud administrativa, por lo tanto tiene el poder, de desistir de la realización de la obra (...).<sup>60</sup>

Que establecido el proceder administrativamente legítimo de la accionada, la reparación al damnificado debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto al modo establecido en instituciones análogas (art. 16 C.C.).<sup>61</sup>

En el punto siguiente es donde se da específicamente el desacuerdo con los demás integrantes que votaron en mayoría, el reconociendo del rubro lucro cesante.

Que la ley 13.064 es la norma que rige específicamente los contratos de obra pública, y, es el instrumento jurídico básico para el análisis de las consecuencias derivadas de las relaciones entre los particulares y el Estado.<sup>62</sup>

Que siendo así parece contradictorio, con una interpretación sistemática de la actividad administrativa, atribuirle a ésta, en los supuestos de obrar legítimo, la responsabilidad por el lucro cesante propia de los supuestos de responsabilidad extracontractual.<sup>63</sup>

Tales razones son validas para fundar la decisión de desestimar, el rubro lucro cesante como integrativo de la indemnización de daños por el actuar administrativamente legítimo de la demandada.<sup>64</sup>

Por ello, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue motivo de agravio...  
José S. Caballero. Carlos S- Fayt.

### **Conclusión:**

En el fallo que antecede el Procurador General de la Nación se exime de dictaminar por ser parte el Estado. La corte al considerar la situación de autos por mayoría reconoce la indemnización integral con la inclusión del rubro lucro cesante,

---

<sup>60</sup> Conf. Punto 10º Fallo Sanchez Granel S. A. c/ D.N.V.

<sup>61</sup> Conf. Punto 12º Fallo Sanchez Granel S. A. c/ D.N.V.

<sup>62</sup> Conf. Punto 13º Fallo Sanchez Granel S. A. c/ D.N.V.

<sup>63</sup> Conf. Punto 17º Fallo Sanchez Granel S. A. c/ D.N.V.

<sup>64</sup> Conf. Punto 18º Fallo Sanchez Granel S. A. c/ D.N.V.

haciendo referencia de que no cabe omitir la reparación sobre la base de una extensión analógica de la ley de expropiaciones. Porque de ser así eximiría al Estado y menoscabaría el derecho de propiedad de los particulares. Por lo tanto reconoce el rubro lucro cesante pero estima que el monto se debe apreciar con equidad, haciendo referencia por analogía al art 1638 del C. Civil.

Por otro lado con la disidencia en minoría de los doctores Caballero y Fayt, los mismos entienden que las cuestiones planteadas en el caso corresponden específicamente al derecho público, y por lo tanto son ajenas a cualquier asimilación que se quiera hacer por analogía para resolver la cuestión realizando interpretaciones de instituciones que corresponden al ámbito del derecho civil.

Estiman que lo planteado en autos al no tener norma específica debe ser resuelto por analogía, utilizando la ley de contrato de obra pública 13.064 que es la que más se asemeja a las circunstancias del caso. La cual no reconoce la indemnización del rubro lucro cesante en la revocación de los contratos por parte del Estado cuando obra lícitamente. Por lo expuesto y en base a lo fundamentado, desestiman en consecuencia, el rubro lucro cesante como integrativo de la indemnización de daños y confirman la sentencia apelada.

### 3.2.2. “Juncalán Forestal Agropecuaria S. A. c/ Provincia de Buenos Aires”.

Otro antecedente importante en la jurisprudencia es la causa “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”.<sup>65</sup>

Veremos a continuación el análisis que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 23/11/1989, en autos “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”. Recuperado de <http://catedra-marcersammartino.blogspot.com.ar>.

La actora es propietaria de un campo ubicado en el cuartel VII del distrito Rivadavia, con una superficie de 1322 ha., con instalaciones y construcciones, la cual se encuentra dividida en 28 potreros. Esto afirma que se trata de tierras laboradas técnicamente y explotadas.

Como consecuencia de los trabajos realizados por la Dirección de Hidráulica provincial de un canal aliviador construido para encauzar los caudales del Rio Quinto, consistente en la apertura de brechas para desviar las aguas, se ha producido, la casi total inundación del establecimiento. Por tal motivo se llevo a cabo una evacuación con la pérdida de 19 novillos, y la necesidad de arrendar un campo vecino.

Aunque el avance del agua luego disminuyo, el inmueble siguió sin poder ser explotado por falta de piso, según informe del ingeniero agrónomo a la vez que las edificaciones, silos, mangas y alambrados fueron dañados.

La demandada por su parte niega tener responsabilidad sobre lo ocurrido argumentando que la inundación se debió a la excesiva precipitaciones ocasionadas naturalmente y que estas hicieron desbordar el canal provocando, por lo tanto, la inundación del campo de la actora. Estos argumentos de la demandada no fueron probados, no demostró que las precipitaciones naturales fueron las causantes de las inundaciones no teniendo en el particular las obras realizadas sobre la cuenca del Rio Quinto efecto alguno en el resultado.

Todo lo planteado por la demandada como excluyente de su responsabilidad, fue por el contrario demostrado en la pericia practicada por el Ingeniero Hidráulico Sr. Devoto.

Puede afirmarse que existe relación causal entre el obrar, por cierto legítimo, de la Provincia y el hecho generador de los daños sin que interese, en el litigio, determinar la eventual participación de terceros en los hechos generadores de la inundación, ni si las aguas provenían de la cuenca del Rio Quinto o de las precipitaciones pluviales producidas. Pero tal calificación no excluye su responsabilidad. La Corte ha sostenido que cuando la actividad lícita de la autoridad

administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares – cuyo interés se sacrifica por aquel interés general – esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409). Se trata de la doctrina que el Tribunal había desarrollado en diversos precedentes en los que sostuvo, que la realización de las obras requeridas para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, si bien es ciertamente lícita, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se lesione en sus atributos esenciales. Esta doctrina que encuentra fundamento en normas de raigambre constitucional (arts. 14 y 17 CN), es plenamente aplicable al caso en estudio.<sup>66</sup>

La parte actora pide se le indemnice el rubro lucro cesante por el tiempo que llevara a los campos volver a la normalidad y ser nuevamente productivos.

La parte actora reclama el lucro cesante derivado de la imposibilidad de desarrollar la explotación agrícola y ganadera de su propiedad.

Como el tribunal ya ha tenido oportunidad de expresarlo, los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares, por lo que no pueden limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante (Fallos: 306:1409, consids. 4 y 5). Este principio – dijo allí la Corte – se traduce en el derecho a una indemnización plena que sólo podría encontrar obstáculos en razón de fuerza mayor, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular (consd. 6).<sup>67</sup>

La corte reconoce el principio de reparación integral y por lo tanto justifica la reparación del lucro cesante.

---

<sup>66</sup> Conf. 8º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria c/ Prov. De Buenos Aires.”

<sup>67</sup> Conf. 13º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria c/ Prov. De Buenos Aires.”

Que ninguna de estas situaciones se configura en la especie, y tampoco cabe omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la ley de expropiaciones, ya que no es dable extender la norma legal que excluye ese resarcimiento a otros supuestos. En primer lugar, porque la expropiación presupone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso (...). Y en segundo término porque la aplicación analógica no parece apropiada (...) frente al principio general de reparación integral, puesto que el daño que se repara aquí es el sacrificio soportado sobre las utilidades probables objetivamente esperadas y no – como la expropiación- el daño emergente, que de ser el único indemnizable, estaría lejos de satisfacer el principio aludido.<sup>68</sup>

Por ello, se decide: hacer lugar a la demanda y condenar a la Prov. de Buenos Aires a pagar dentro del plazo de 30 días la suma que resulte de la liquidación firme que se practicará de acuerdo con las pautas señaladas precedentemente. Con costas. Enrique S. Petracchi. – Augusto C. Belluscio. – Carlos S. Fayt (según su voto). – Jorge A. Bacque (según su voto).

Se expone el voto del doctor Fayt sobre la cuestión planteada.

Basado en el dictamen pericial del Ingeniero Hidráulico Sr. Devoto, extrae la conclusión que la Provincia debió adoptar medidas atinentes para evitar la inundación.

Por lo tanto encuentra relación causal entre el obrar legítimo de la Provincia y el hecho generador de los daños.

Comenta que la parte actora reclama el lucro cesante con lo cual estima para su procedencia si corresponde la reparación cuando la Administración Pública actúa lícitamente.

---

<sup>68</sup> Conf. 14° Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria c/ Prov. De Buenos Aires.”

La determinación de su procedencia requiere, previamente establecer si corresponde la reparación de ese rubro cuando se trata, de la actividad lícita de la Administración pública que ocasiona perjuicios a los particulares.<sup>69</sup>

Entiende que no corresponde indilgarle responsabilidad a la Administración basado en normas de Derecho Privado.

Que establecido el proceder administrativo legítimo de la demandada, aparece como contradictorio con una interpretación sistemática de la actividad administrativa atribuirle a ésta la responsabilidad por el lucro cesante que es propia de los supuestos de responsabilidad extracontractual (Fallos: 306:1409) – disidencia de los doctores Caballero y Fayt.<sup>70</sup>

Que recientemente, en la causa “Motor Once S.A. v. Municipalidad de la Cap.” Del 09/05/89 esta Corte – aunque por mayoría -, al compartir el dictamen de la Procuradora Fiscal, dejó establecida la improcedencia de resarcir el lucro cesante en los casos en que el Estado responde por sus actos lícitos realizados en ejercicio de facultades de policía de seguridad, ya que no resultan entonces de aplicación las normas del Código Civil.<sup>71</sup>

Por lo tanto fundamenta la decisión estimando que debe hacerse uso de un Instituto usado por la Jurisprudencia Extranjera en casos similares, el cual es la expropiación de uso.

Una primera aproximación daría la posibilidad de acudir sin más al instituto de la expropiación que veda la reparación del lucro cesante. Indudablemente esa solución tropieza con obstáculos insalvables a la luz de las circunstancias del asunto. En efecto la actora no ha sido privada de su propiedad, sino únicamente de su uso, por otro lado los intereses en la expropiación se calculan en base al monto de la indemnización, que en el caso no ésta representado por el valor del campo inundado, y si se computarán sobre el resarcimiento que en el caso se otorga en

---

<sup>69</sup> Conf. 13° Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.

<sup>70</sup> Conf. 15° Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires

<sup>71</sup> Conf. 16° Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires

concepto de daño emergente, no compensarían la privación del capital de cuyo uso ha sido impedida la demandante.<sup>72</sup>

Que, en tales condiciones, es menester encarnar el hallazgo sobre la base de la aplicación de las reglas de otras instituciones de derecho público que guarden mayor analogía con la situación en debate. Si se repara en que la demandante no fue privada de su propiedad sino solo del uso de su propiedad, razonablemente se puede concluir en que la justa solución del conflicto pasa por examinar las reglas concernientes al instituto de la ocupación temporánea, también denominada por alguna doctrina como expropiación de uso<sup>73</sup>.

Que en efecto, la ocupación temporánea de bienes de propiedad privada, o atribución coactiva del Estado de su uso, se divide en dos tipos según su origen: 1) causada por necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita; 2) provocada por necesidad normal o inminente. La primera no da lugar según la ley a indemnización. La segunda ocupación apareja indemnización que comprenda el valor del uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien o cosa ocupados, así como también el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse necesaria o indispensablemente con motivo de la ocupación, siendo aplicables en subsidio las reglas indemnizatorias en materia de expropiación (arts. 57 a 63 ley 21.499).<sup>74</sup>

El supuesto examinado por lo tanto participa – de acuerdo a los antecedentes de hecho ya reseñados – de características propias de la ocupación temporaria normal (...).<sup>75</sup>

Por ello, se decide: hacer lugar a la demanda y condenar a la Provincia de Buenos Aires a pagar (...), la suma que resulte de la liquidación firme que se practicará (...), respecto del denominado valor de uso o locativo (...). Carlos S. Fayt.

---

<sup>72</sup> Conf. 19º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.

<sup>73</sup> Conf. 21º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.

<sup>74</sup> Conf. 22º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.

<sup>75</sup> Conf. 24º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.



Se expone el voto del doctor Bacque otro de los Ministros de la Corte en disidencia.

El mismo reconoce la indemnización con inclusión del rubro lucro cesante basado en el principio de la reparación integral de raigambre constitucional.

Que en consecuencia, la solución equitativa del presente caso debe fundarse en la necesidad de compatibilizar los vitales intereses públicos que motivaron la acción estatal de autos con la necesidad de evitar la destrucción del derecho individual de la actora. Por tal razón, parece justo reconocer a la damnificada el lucro cesante, sin embargo, no deberá ser la expresión de una igualdad matemática que marque la estricta equivalencia con las utilidades que dejó de percibir.<sup>76</sup>

Así como reconoce el lucro cesante, también estima pertinente un reajuste en el monto indemnizatorio, tomando como parámetro que los importes tomados en cuenta de los peritajes técnicos, son ideales y no contemplan la realidad de las situaciones que suelen suceder por el curso natural de las cosas.

Sin embargo la suma consignada para el rubro lucro cesante, debe ser objeto de reajuste, debido que es criterio de esta Corte ya expuesto repetidas veces, con respecto a que los planteos productivos elaborados en peritajes técnicos para determinar el lucro cesante suponen una rentabilidad ideal, despojada de las incertidumbres propias de una explotación agrícola-ganadera sujeta a variadas eventualidades que pueden producirse si se atiende a los que indica el orden natural de las cosas en este ámbito económico. Este dato, de inobjetable realismo, conduce a fijar prudencialmente el monto indemnizatorio total en A 1.120.187,39. En lo que hace al lucro cesante futuro, que se indemniza tanto en la explotación ganadera como agrícola, debe tenerse presente, a los fines últimos de su liquidación, el criterio sentado por este Tribunal a partir de fallos: 307:1515 (consid. 10) y

---

<sup>76</sup> Conf. 16º Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.

reiterado luego en diversas oportunidades. Tampoco corresponden intereses sobre este rubro (causa cit., consid. 11).<sup>77</sup>

Por ello, se decide: hacer lugar a la demanda y condenar a la Prov. de Buenos Aires a pagar dentro del plazo de 30 días la suma que resulte de la liquidación firme que se practicará de acuerdo con las pautas señaladas precedentemente. Con costas. Jorge A. Bacque.

### **Conclusión:**

Este es un fallo importante en donde se reconoce el rubro lucro cesante en la indemnización por actividad lícita del Estado. La Corte para este reconocimiento se basa en el principio de reparación integral de raigambre constitucional arts. 14 y 17 CN, los cuales aplican al caso. Pero en el voto del Dr. Fayt, si bien reconoce la indemnización con la inclusión del rubro lucro cesante lo hace a través de un instituto que se denomina expropiación de uso. Así resuelve la situación del caso que es de Derecho Público sin aplicar analógicamente normas de Derecho Privado, como tampoco utilizar la ley de expropiaciones por analogía, ya que la misma no reconoce la indemnización del rubro lucro cesante.

### **3.3 Fallos donde se excluye el lucro cesante.**

#### **3.3.1. “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”**

Un antecedente jurisprudencial en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación excluye el reclamo del lucro cesante fue en la causa “Corporación Inversora Los Pinos S. A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.<sup>78</sup> Comenzaremos analizando el dictamen del Procurador General de la Nación, en el cual expone, que la Sociedad actora inicia demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos

---

<sup>77</sup> Conf. 21° Fallo “Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Prov. de Buenos Aires”.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 22/11/1975, en autos “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Recuperado de <http://catedra-marcersammartino.blogspot.com.ar>.

Aires a los fines de obtener el cobro de daños, perjuicios y lucro cesante derivados de la revocación del permiso por el cual resultó habilitada para explotar, como albergue por horas, un hotel alojamiento de su propiedad.

Se expone la postura del Procurador General de la Nación sobre el tema.

Destaca que de este fallo derivan importantes consecuencias para el asunto en debate, según podrá apreciarse en el curso del dictamen.

Surge de los autos que la sala “D” de la Cámara Civil de esta ciudad, al confirmar la sentencia de primera instancia, no hizo lugar a la indemnización reclamada.

El procurador general de la nación confirma la sentencia de Primera Instancia y coincide en que no hay responsabilidad de la Administración Pública, en la revocación de la autorización y que el actuar de la misma fue lícito.

Para ello, estimó que en la causa contencioso-administrativa antes mencionada se tuvo en consideración que el decreto ordenanza municipal 22971/67, revocatorio del permiso habilitante, configuro un acto administrativo legítimo que no fue dictado con arbitrariedad, contradicción o irrazonabilidad. Por tanto, ante la potestad emergente de la C.N. de reglamentar y limitar ciertas actividades con miras a la defensa de la moral, la salud y la convivencia colectiva, concluyó que permisos de la naturaleza del analizado son condicionales y revocables, por lo que no obligan a la Administración la que, en cualquier momento, puede ponerles términos sin incurrir en responsabilidad siempre que el orden público se encuentre afectado.<sup>79</sup>

Concedido el recurso extraordinario, la actora sostiene que el decreto que habilitó su hotel como albergue por horas “es una autorización que engendra derechos adquiridos” que no debe confundirse con el permiso; y si bien puede ser revocada por razones de utilidad pública, la administración debe indemnizar los

---

<sup>79</sup> Conf. 5º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

daños que se ocasionen “para no vulnerar la incolumidad del patrimonio que garantiza el art. 17 de la C.N.”.

Además, agrega que el acto produce efectos que recaen exclusivamente sobre su patrimonio con desmedro del principio constitucional de igualdad en las cargas públicas y, asimismo, lesiona la garantía del art. 16 de la C. N., pues le impide la continuación de su actividad mientras se tolera el funcionamiento de otros albergues en parecida situación.

Importa señalar, que cuando la Constitución Nacional garantiza el derecho a ejercer toda industria, requiere que ésta sea lícita. Para cumplir dicha condición, la actividad de que se trate no debe ser de aquellas que alteren el orden social como acontece cuando hay un menoscabo cierto de la seguridad, moralidad o salubridad públicas.

Explica el porqué del reclamo de la parte actora basado en que fue violado su derecho a ejercer toda industria consagrado en la C.N. Pero éste derecho hace referencia a toda industria lícita, lo cual no es aquí lo planteado.

Sin embargo, aún tratándose del ejercicio de industria lícita el derecho que asiste al habitante no es absoluto pues su goce habrá de admitir las limitaciones y restricciones que dentro del margen de lo razonable le imponga el legislador en uso de su potestad reglamentaria y sus poderes de policía.<sup>80</sup>

Por lo expuesto anteriormente explica el porqué de la ilicitud de la actividad.

Se puede advertir que entre ambas hipótesis, la existencia del derecho a explotar una industria en atención a su índole lícita o impedimento por motivos de ilicitud, abre una gran zona intermedia dentro de la cual se ubican determinados casos que, por su naturaleza efectos o modo operativo oscilan entre uno y otro.

---

<sup>80</sup> Conf. 10º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

Una forma particularmente vigorosa de esa vigilancia consiste en la inversión de la relación: prohibir con reserva de permitir. Surge así una figura jurídica: la prohibición de policía con reserva de permiso (conf. Mayer, Otto “Derecho administrativo Alemán”, t. II, Bs. As. 1950, ps. 32 y ss. Y 59 y ss.).<sup>81</sup>

De tal modo que en un principio a la actora se le concedió el permiso, el mismo no tiene característica de derecho adquirido.

Este sistema jurídico puesto así en juego, origina el dictado de decisiones administrativas especiales por las que se exceptúa a determinadas personas de una prohibición general. Surgen, de tal modo, los llamados “permisos de policía”. La designación, ya empleada con tales alcances, como he dicho, por Mayer, encontró consagración normativa en el texto de la ley nacional 1260 cuyos alcances se proyectan sobre el presente litigio.

En los casos de “autorizaciones”, la regla legal es la libertad para ejercer la actividad sometido a los preceptos reglamentarios

A diferencia de los “permisos de policía”, la regla es la prohibición y por ende, la inexistencia de un derecho al desarrollo de la actividad. Por excepción y cuando así lo prevé la norma, como sucede en autos, la administración, puede, mediante un permiso, sustraer el cumplimiento de aquella prohibición a un peticionario, siempre que, no se afecte el interés público. Esto no implica un derecho ya existente ni tampoco lo genera. Por ende, su revocación es casi siempre libre y no da lugar a responsabilidad de la Administración, si ésta ha procedido sin arbitrariedad.<sup>82</sup>

Sostiene que bajo estos principios expuestos se estudia la situación y se interpretan las normas que la regulan.

---

<sup>81</sup> Conf. 13º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

<sup>82</sup> Conf. 19º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

En el caso sub lite, el Congreso, en uso de sus potestades, prohibió en su territorio y como norma general, el funcionamiento de establecimientos que puedan dar ocasión a escándalos y desórdenes cuando resulten perjudiciales a la moralidad pública. Y si bien por vía de excepción y únicamente en casos especiales, posibilitó su habilitación mediante el otorgamiento de permisos, requirió para ello, la observancia de aquella exigencia tuitiva del orden público sin perjuicio, de la sujeción de quienes la solicitan, a las modalidades y requisitos que fijaren los textos reglamentarios (art. 50 inc. 6 de la ley 1260).<sup>83</sup>

La autorización concedida en un principio puede ser revocada por merito o conveniencia sin ser la misma ilícita o violatoria de derechos de los particulares, más aun cuando se basa en una ley dictada por el Congreso.

Sometido a este condicionamiento fue dictado el decreto municipal que posibilitó el funcionamiento, como albergue por horas, del hotel de la recurrente, y bajo el mismo régimen, otro acto similar-decreto 22917/67-dejó sin efecto el permiso basándose, en razones de moral pública.<sup>84</sup>

La legitimidad de ésta última decisión administrativa – excluyente de un eventual proceder arbitrario – fue confirmada judicialmente en la causa contencioso-administrativa tramitada por las partes, oportunidad en la cual V.E., al no dar curso al recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia, recordó que, sobre la base de los antecedentes de hecho, el fallo apelado destacó que el acto habilitante sólo puede subsistir en tanto no afecte el orden público, “lo que excluye la posibilidad de que el permiso otorgado pueda engendrar un derecho adquirido si se acredita – como en el caso – que tal circunstancia se ha operado.

---

<sup>83</sup> Conf. 21º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

<sup>84</sup> Conf. 22º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”

No puede por tanto, sostenerse, que asista al permisionario un interés protegido jurídicamente que lo convierta en titular de un derecho que haya podido incorporar en propiedad a su patrimonio.<sup>85</sup>

Menciona un precedente similar al planteado en donde la C.S.J.N., reconoce la revocación de autorizaciones basadas en el poder de policía.

Coincide con esta conclusión el precedente de fallos 168:83, en el cual la Corte estableció que el particular que solicitó y obtuvo el permiso (explotación de juegos de azar), sabía o debía saber que no podía otorgársele sino supeditado al ejercicio, de la autoridad que cuenta con facultades privativas de poder de policía, motivo por lo cual no puede invocar a su favor derechos adquiridos. Por lo tanto la revocación es en principio libre, que excluyen de toda responsabilidad.<sup>86</sup>

Los aspectos fundamentales en que se apoya el razonamiento seguido encuentran sostén decisivo en la doctrina sentada por la Corte Suprema a través de múltiples pronunciamientos, algunos de los cuales han recaído en asuntos que guardan plena analogía con el sub lite.<sup>87</sup>

Cita más jurisprudencia en donde la Corte resolvió de la misma manera situaciones similares a la expuesta en autos por parte de la actora.

Así en el precedente de Fallos 198:111, se declaró que asiste al Estado la facultad de reglamentar y limitar ciertas industrias y actividades, con miras a la defensa de la moral, salud y convivencia colectiva (Fallos 128:85; 195:108; 197:596). Y cuando la afectada no es profesión honorable ni útil, ese poder de policía alcanza hasta su supresión – doctrina de Fallos 150:419 – sin que pueda ser objetado de inconstitucional como arbitrario o irrazonable. Porque la garantía del

---

<sup>85</sup> Conf. 22º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>86</sup> Conf. 25º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>87</sup> Conf. 27º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

art. 14 de la C.N. ampara las “industrias lícitas”, carácter de que carecería la que en tales condiciones fuera objeto de prohibición.<sup>88</sup>

De modo concordante, en otro pronunciamiento tiene V.E. señalado que, frente a explotaciones de tal índole, el particular que solicito y obtuvo permiso sabía o debía saber que no podía ser otorgado sino supeditado al ejercicio, por parte del Estado, de la facultad de retirarlo en virtud de principio de orden público. Por lo tanto no puede el interesado invocar a su favor derechos adquiridos al desarrollo de ciertas actividades, que tienen en su contra el disfavor de las leyes (Fallos 168:83).<sup>89</sup>

Esta conclusión final expuesta fue reiteradas en Fallos 178:372 y recientemente en 263:403; donde se resaltó que la modificación del régimen permisivo ejercida con razonabilidad no puede originar en principio indemnización a favor del beneficiario, pues es regla en el ámbito de policía que el ejercicio por el Estado de sus poderes propios no puede ser fuente de indemnización para particulares afectados (doctrina de Fallos 182:146; 249:592; 256:87; 258:322; entre otros).<sup>90</sup>

Finaliza exponiendo que la Administración Pública en ejercicio lícito de su poder policía, cuando por el mismo revoca una autorización, no genera la obligación de reparar.

En síntesis, surge de lo expuesto que la explotación del hotel perteneciente a la actora como albergue por horas es una actividad en principio prohibida por la ley salvo que, cumplidas las exigencias reglamentarias y no afectando el interés público, la autoridad competente habilite el servicio mediante un permiso de policía. Este acto es, por su naturaleza y caracteres jurídicos, de libre revocación. En consecuencia, cuando como acontece en autos, ha sido dejado sin efectos de modo

---

<sup>88</sup> Conf. 28° Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>89</sup> Conf. 29° Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>90</sup> Conf. 30° Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires



legítimo, no genera un derecho a favor del beneficiario ni da lugar a responsabilidad por parte de la Administración pública que lo acordó.<sup>91</sup>

A merito de lo expuesto, y toda vez que los agravios vertidos en el recurso extraordinario limitan la jurisdicción de la Corte cuando conoce por la vía que instituye el art. 14 de la ley 48, opino que debe confirmarse la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de revisión en dicha instancia – Buenos Aires, septiembre 19 de 1974. – Enrique Petracchi.

Después del dictamen del Procurador General la Corte Suprema en los considerando 17º, 18º, 19º y 20º, sostiene, contrariamente a lo expresado por el Procurador General de la Nación, que cuando la administración revoca un permiso sin que medie culpa del autorizado debe ser indemnizado.

Que la conclusión sostenida en los considerandos precedentes es la seguida por calificada doctrina extranjera, que admite la indemnización cuando se trata de la revocación de autorizaciones mediante las cuales se remueve el libre ejercicio de un derecho preexistente regulado por la Administración, siempre que no medio culpa del autorizado como ocurre “ en aquellos en que la revocación se impone como consecuencia de circunstancias del todo independientes del comportamiento de la persona autorizada, o cuando la revocación encuentra su fundamento en una reevaluación de la oportunidad o conveniencia realizada cuando se emitió el acto”.

Es esto también lo expuesto por autores nacionales al sostener que, cuando un “acto se revoca por razones de oportunidad, es decir para satisfacer las exigencias del interés público (...), si la revocación produjo lesión jurídica, el administrado debe ser indemnizado” ya que “el interés general no puede autorizar a los poderes públicos a disponer de la propiedad de los particulares (...)”. ”La utilidad privada no puede ser sacrificada a la pública, sin adecuada compensación”.

---

<sup>91</sup> Conf. 32º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

“Dicha indemnización se impone como garantía de la inviolabilidad de la propiedad”.<sup>92</sup>

Expone sobre que normas se debe atender a la situación planteada.

Que para calcular el daño resarcible y ante la inexistencia de un texto expreso que establezca un criterio determinado, debe recurrirse a las pautas de los arts. 11 y 12 de la ley 13264 y art. 907 del C. Civil., dado que la Administración debe responder por un acto lícito de autoridad que, si bien no importo una limitación al ejercicio del dominio (prohibición de lo permitido), constituye la revocación de un permiso o autorización precaria (facultamiento de lo prohibido).<sup>93</sup>

Por lo expuesto supra la Corte considera que por la revocación, al damnificado se le debe reconocer el daño emergente pero niega la inclusión en la indemnización del rubro lucro cesante.

Que si en el sub-examine el sacrificio de los intereses particulares se hace en el interés público, sin que paralelamente el patrimonio de la administración se vea acrecentado, sólo viene a resultar atendible el interés negativo, que limita el resarcimiento a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante).<sup>94</sup>

Que consiguientemente, aún cuando se trate de un acto que afecta a elementos de fondo de comercio transferido, la indemnización debida únicamente podrá comprender aquellos daños que guardan una relación directa e inmediata con la revocatoria dispuesta, en virtud de lo establecido por las normas citadas y toda

---

<sup>92</sup> Conf. 17º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>93</sup> Conf. 18º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>94</sup> Conf. 19º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

vez que por ella no se transfiere ningún bien del damnificado al patrimonio del ente que la dispuso.<sup>95</sup>

Por ello, y después de haber emitido dictamen el señor Procurador General, se resuelve de la siguiente manera.

Hacer lugar al recurso extraordinario deducido, revocando la sentencia de la Cámara Civil Contencioso Administrativo. Vuelvan los autos al a quo para que, con intervención del Señor Juez de Primera Instancia, de acuerdo a lo presente, se establezca el monto indemnizatorio pertinente. Miguel A. Bercaitz. – Héctor Masnatta. Según su voto: Ricardo Levene (h.). En disidencia: Agustín Díaz Bialek – Pablo A. Ramella.

### **Conclusión:**

En el presente fallo, las posiciones son contrarias, en primera instancia se reconoce la indemnización a la actora por la revocación de la autorización, sentencia que fue apelada por la demandada. En la Cámara Contencioso Administrativo se niega derecho a la actora a una indemnización, fallo que también fue apelado. El dictamen del Procurador General coincide con el de la Cámara, basándose en que la autorización otorgada en un principio no es un derecho adquirido ingresado al patrimonio de la actora, por lo cual su revocación por motivos de moralidad por parte de la Administración en ejercicio de su poder de policía y obrando lícitamente no es violatoria del derecho de propiedad. Por tal motivo niega que corresponda indemnización alguna. A diferencia de lo expuesto la C.S.J.N., tomando jurisprudencia extranjera y doctrina nacional reconoce que se debe indemnizar a la actora por la revocación de la autorización, y estima que la misma debe contemplar el daño emergente pero no el rubro lucro cesante.

### 3.2.2. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”

---

<sup>95</sup> Conf. 20º Fallo “Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires

El último caso jurisprudencial que será analizado es “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”<sup>96</sup>. En estos autos la opinión del Procurador General de la Nación fue la siguiente.

A mi juicio el recurso extraordinario interpuesto resulta procedente habida cuenta de la naturaleza federal de la cuestión cuyo tratamiento se solicita a V. E.

Sobre el fondo del asunto solicito se me exima de verter opinión por ser parte en estas actuaciones el Gobierno de la Nación quien se halla representado por apoderado especial. 05/07/1978 Elías P. Gustavino.

Consideraciones del caso por parte de la C.S.J.N., sobre la cuestión planteada.

Contra el pronunciamiento de la sala I en lo Contencioso Administrativo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, que confirmo el fallo de 1ª Instancia que desestimo la demanda por nulidad de decreto e indemnización de daños y perjuicios, la actora interpuso recurso extraordinario, que solo fue concedido en cuanto a la “cuestión federal” planteada, no así en cuanto a la tacha de arbitrariedad que también lo sustenta, circunstancia que origina la presentación directa de la apelante, que será resuelta en función del problema de fondo.<sup>97</sup>

La Corte analiza la cuestión planteada por el actor, el cual reclamo resarcimiento por la revocación de un permiso de importación.

La recurrente sostiene que el decreto 2118/71, que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, es inconstitucional por afectar un contrato de crédito documentado concluido y pagado con anterioridad a que se dictara, y una operación de compraventa internacional en vías de ejecución; que la restricción impuesta es arbitraria e irrazonable y no cumple en el caso con la finalidad que la motivó, habida

---

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 15/05/1979, en autos “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”. Recuperado de <http://catedra-marcersammartino.blogspot.com.ar>.

<sup>97</sup> Conf. 1º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

cuenta que las divisas salieron efectivamente del país y luego se abrió la importación parcial de productos de igual naturaleza; que, en tales condiciones, resultan afectados sus derechos de comerciar y de la propiedad, amparado por los arts. 14 y 17 de la C. N.<sup>98</sup>

Planteada la cuestión la Corte analiza las facultades del Gobierno Nacional para dictar normas en protección de la economía nacional.

Que el agravio de la parte exige plantear la cuestión en el marco de las facultades del Gobierno Nacional para dictar las normas que rigen la política económica del Estado, punto con relación al cual no parece dudosa su facultad para arbitrar las medidas conducentes a obtener el equilibrio de la balanza de pagos y la defensa de la industria nacional, sin que competa a la justicia la posibilidad de revisar el acierto o error, la conveniencia o inconveniencia de las medidas adoptadas (Fallos, t. 246, p. 340; t. 249, p. 425 Rep. La Ley, t. XXI, p. 652, sum. 11; t. XXII, p. 640, sum. 22).<sup>99</sup>

La Corte explica que la medida tomada no es arbitraria, y entiende que la misma aunque afecte derechos de particulares, mientras la medida sea tomada de forma lícita, puede o no causar perjuicios a los administrados.

Que ello basta para descartar la impugnación relativa a la validez del decreto 2118/71, al margen de que pueda o no cumplirse en la especie la finalidad de bien común que determino su dictado, sin que tampoco sea óbice para su inmediata aplicación la existencia de convenios anteriores entre particulares regidos por el derecho privado nacional e internacional; bien entendido que esa actividad lícita e irrenunciable del Estado pueda ser la causa eficiente de daños a los particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Conf. 2º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

<sup>99</sup> Conf. 4º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

<sup>100</sup> Conf. 5º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

Se reconoce que el obrar lícito del Estado, como en el caso trae aparejado la reparación del daño.

Que ello es así también, pues la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción, de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17).<sup>101</sup>

Reconoce la Corte la indemnización a la parte actora por el accionar legítimo de la Administración.

Que los agravios de la apelante en cuanto persiguen en forma subsidiaria la reparación del daño deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración, aspecto en el que cabe admitir la posibilidad de exigir la indemnización pertinente teniendo en cuenta las modalidades propias de esta situación.<sup>102</sup>

La Corte admite que el daño causado debe ser reparado, pero como en el caso particular no hay normas específicas debe atenerse a normas análogas y considera por las circunstancias de lo planteado que se resuelva a través de la ley de expropiaciones.

Que admitida la procedencia del reclamo subsidiario, la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder en instituciones análogas (art. 15, Cód. Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege.

---

<sup>101</sup> Conf. 6º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

<sup>102</sup> Conf. 7º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil.<sup>103</sup>

Por lo expuesto determina reconocer el rubro daño emergente pero no el lucro cesante, debido a que el mismo no está estipulado en las normas de la ley de expropiación, la cual fue utilizada por analogía para la resolución de lo reclamado.

Que, en consecuencia, el resarcimiento debe comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial, por lo que debe extenderse a todos los gastos hechos en los contratos celebrados con crédito documentado de compraventa y el precio abonado por la mercadería retenida la cual queda así abandonada en beneficio del Estado, con exclusión de las ganancias que podría haber obtenido en la reventa y de todo lucro cesante originado por tal motivo (art. 10 ley 21.499).<sup>104</sup>

Que por último, habiendo dictaminado el Procurador General, se confirma la sentencia apelada en cuanto no acepta la invalidez del dec. 2118/71 y se la revoca en cuanto al reclamo subsidiario de daños y perjuicios, los que serán fijados en las instancias ordinarias en los términos señalados, en la etapa de ejecución de sentencia. Adolfo R. Gabrieli. – Abolardo F Rossi – Pedro J. Frias.

### **Conclusión:**

En el caso analizado un decreto del Gobierno Nacional con respecto a la revocación de la autorización para importación que tenía el actor, fue rechazado por el Juez de Primera Instancia. La sentencia fue apelada y la Cámara en lo Contencioso Administrativo confirmó la sentencia de primera Instancia, por tal motivo se presentó recurso extraordinario ante la C.S.J.N. La Corte en cambio reconoció la indemnización pero solo para el rubro daño emergente, desestimando el lucro cesante, sosteniendo que al no encontrarse norma específica para el caso se

---

<sup>103</sup> Conf. 8º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

<sup>104</sup> Conf. 9º Fallo. “Cantón Mario E. c/ Gobierno Nacional”.

resolvió por medio de la analogía utilizando preceptos de la ley de expropiaciones, en la cual no se reconoce el rubro lucro cesante.



## **CONCLUSION FINAL:**

Como conclusión de mi trabajo final después de lo desarrollado y elaborado adoptaría una postura contraria con respecto a la ley de responsabilidad del Estado. Se puede comenzar mencionando que la ley 26.944 de responsabilidad del Estado, ha traído aparejado muchos debates en el ámbito político y jurídico. Como primer punto se debe analizar a quien corresponde regular la materia, por lo tanto, podemos preguntarnos si corresponde al derecho común a al derecho local. Con respecto a este interrogante y tomando lo que expresa la ley es de derecho local. Esta nueva ley rompe con una tradición jurídica que regulaba la responsabilidad del Estado, ya sea Nacional, Provincial y Municipal basada en las disposiciones del derogado Código Civil.

Esto se debe a que la ley se encuentra separada del Código Civil y Comercial y arroja tres opciones constitucionales para esclarecer a quien corresponde la sanción normativa sobre la responsabilidad del estado. Primero, es una materia de derecho civil y puede ser regulada en el Código Civil y Comercial o como ley especial del artículo 75 inc. 12 de la C.N. Segundo, es una competencia local y por lo tanto está excluida del art 75 inc. 12 de la C.N. Tercero, es materia de Derecho Público y por el art 121 y ss. de la C.N. pertenece a la competencia local. Con respecto a lo planteado podemos afirmar según los fundamentos de la ley, que se opto por la tercera posibilidad.

Sostengo que la sanción de esta ley traerá aparejado la irresponsabilidad del Estado en algunos casos y una fuerte incertidumbre jurídica, debido a que al no ser regulada dentro del Código Civil y Comercial, como una parte más dentro de la responsabilidad civil y teniendo en cuenta que cada Provincia, Municipio o la C.A.B.A. pueden legislar el tema de distinta manera si optan por no adherir a la ley 26.944, según el art. 11 de la misma. El Administrado se encontrara en situaciones particulares donde se darán desigualdades al resolver situaciones en donde la Administración sea la parte demandada porque ocasiono un perjuicio a un particular. Debido a lo expuesto, situaciones iguales no se resolverán de la misma manera si hay dispersión de leyes locales, como ejemplo podemos mencionar que

no será lo mismo demandar por daños y perjuicios a la Provincia de Salta, Jujuy o Córdoba. Si cada uno legisla diferente el tema, es obvio que los resultados serán distintos.

Considero que con la sanción del Código Civil y Comercial, se hubiera incluido lo correspondiente a la responsabilidad del Estado como se estipulo en el anteproyecto de ley, pero que fue descartado por el Poder Ejecutivo, se perdió una gran posibilidad de regular esta materia que durante tantos años se resolvió por analogía a través de soluciones pretorianas dictadas por los Jueces.

Ahora mencionare las tres posibilidades que se pueden presentar con respecto a la regulación de la responsabilidad del Estado. Se podrán encontrar regulaciones locales, dictadas por las Provincias y la C.A.B.A, más la ley Nacional 26.944. Por otro lado se podría dar una ley concertada entre todas las Provincias, situación con pocas probabilidades de que suceda, y por último se lo podría haber incluido al tópico de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial, pero como ya mencione anteriormente, la intención estuvo en el ante proyecto y el P.E.N. lo excluyo.

Lo expuesto me lleva a preguntarme si la ley 26.944 trae soluciones integrales o solo parciales a la problemática de la responsabilidad del Estado. Estimo que no, ya que la ley presenta varios puntos oscuros y está lejos, debido a lo normado taxativamente en el art. 5° de la ley, de poder ofrecer una reparación integral cuando el Estado perjudique a los particulares. Hay rubros indemnizables como el lucro cesante y el daño moral, en donde para el primero niega su reparación solo reconociendo el valor objetivo del bien. , y con respecto al segundo no lo contempla.

Estos puntos me hacen dudar también de su constitucionalidad y explicaré el porqué.

Desde 1984 la Constitución y los Tratados tienen jerarquía superior a todas las leyes, y de la propia Constitución se desprenden los fundamentos del deber de reparar basado en los arts. 14°, 17°, y 19°, los dos primeros protegiendo el derecho

de propiedad y el tercero donde se desprende el principio “ Alterum Non Laedere”, es decir la prohibición de dañar a otros. Importa también el art. 16° de la C.N. que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, en donde se asienta el derecho de no soportar un sacrificio especial, que el particular no está obligado a tolerar sin la correspondiente indemnización.

Todos estos principios a mí criterio no están consagrados en la ley 26.944, porque con respecto al art. 4° y 5° del cuerpo legal, donde se estipula la responsabilidad del Estado por su actividad lícita fallan estos principios.

El art 5° 2do. p. no se reconoce el lucro cesante ni el daño moral en la reparación solo hace mención al valor objetivo del bien, el cual cuando fue redactado se tomo textual del art, 10° de la ley de Expropiaciones un instituto que la Corte a usado por analogía varias veces para estipular las indemnizaciones, pero es para resolver otro tipo de situaciones en donde el bien sale del patrimonio del particular y pasa al Estado, donde se repara teniendo en cuenta el precio que el bien tiene en el mercado, esto se encuentra lejos de resolver otros daños que puede causar el Estado en donde él bien no cambia de titularidad pero hay un daño cierto, como cuando por obras de hidráulica realizadas por la Nación se inundaron campos en la Provincia de Buenos Aires.

Creo que la reparación integral que se menciona que tiene raigambre Constitucional no se la aprecia en la ley, y si al damnificado la indemnización que le corresponde no le cubre todo el daño ocasionado por el Estado, estamos también frente a la violación del derecho de propiedad. La reparación que no vuelve las cosas al estado anterior en la manera de lo posible en que se encontraban antes del hecho dañoso, no es una indemnización integral.

Hay que preguntarse cómo se resolverán los casos en donde se quiera aplicar esta ley y se tengan que tener en cuenta en la reparación integral del daño circunstancias personales y valores afectivos del damnificado. La ley 26.944 no cubrirá todos estos aspectos corriendo el riesgo de ser declarada inconstitucional por violar principios constitucionales.

Si bien se hace mención que la ley está basada en la Jurisprudencia de la Corte, a mí entender no es tan así.

La Corte en algunos fallos sobre responsabilidad del Estado no ha reconocido el rubro lucro cesante, resolviendo la problemática del caso utilizando por analogía el instituto de la expropiación, pero en otros ha dejado sentado y con buen criterio que la exclusión del lucro cesante no es un principio general y que cede ante circunstancias particulares.

Así se puede encontrar que en algunos fallos se reconoció el rubro lucro cesante e inclusive el daño moral. Estas circunstancias descriptas, no las considero que se encuentren plasmadas en su totalidad en la ley 26.944.

Se puede inferir que el no reconocimiento de una reparación integral, esta privilegiando el interés público por sobre el de los particulares, y las soluciones que la ley 26.944 plasma en su texto, restringe el interés patrimonial de los administrados.

Cierro el tema considerando que la ley 26.944 contiene una solución normativa que es singular y restringida, que quedaron fuera de ella muchos argumentos de la jurisprudencia del máximo tribunal que se podrían haber incluido específicamente en lo referente a la responsabilidad extracontractual lícita del Estado, y que será necesario recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art 2 del Código Civil y Comercial de la Nación excede los límites del derecho privado, porque los trasciende y se proyecta como un principio general, vigente para todo el ordenamiento jurídico.

De esta manera se podrá dar solución a los distintos supuestos que se presenten y por lo tanto la reparación será integral en concordancia con los principios de raigambre constitucional.

## **Bibliografía**

### LEGISLACIÓN

Código Civil Vélez Sarsfield

Código Civil y Comercial de la Nación Artículos 1764 – 1765

Constitución Nacional Artículos 14-16- 17-19-121-122-124

Ley de Expropiaciones N° 21.499 Art. 10°

Ley de responsabilidad de la provincia de Chubut N° 560

Ley de responsabilidad de la provincia de Santa Cruz N° 3396

Ley de responsabilidad Estatal N° 26944.

Ley de Defensa del Consumidor N° 26361 modificatoria de Ley 24240.

### DOCTRINA

Aberastury, P. La nueva Ley de responsabilidad del estado – 26944 – disponible en:

<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>

Aberastury, P. “Principio de la Responsabilidad del Estado”, en P. Aberastury, (DIR.), Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944, Bs. As., AbeledoPerrot, pág. 49-50.

Alak, J. (2012). Versión taquigráfica de intervención ante el Senado de la Nación del martes 21 de agosto de 2012. Recuperado de [goo.gl/fQssSm](http://goo.gl/fQssSm)

Altamira Gigena, J. I. (2005) *Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Ed. Advocatus.

Alexy, R. (2008), Teoría de la argumentación jurídica, 2ª ed., Madrid.

Bianchi A. B. (2008) “La doctrina del sacrificio especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, RAP, Bs. As., pág. 28.

Bielsa, R. (1966) *Derecho Administrativo*, Bs As. 1966 t V Pág 67

Agüero Piñero, P. (2000) en *Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, Editorial, Foro de Córdoba, Cba, Año I, N°3 Pág 17.

Bugallo Olano, D. (2014) *Ley 26.944 sobre responsabilidad del Estado (El Rey no puede hacer nada malo)* Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/area6513902.pdf>.

Cassagne, Juan C. (2011) Curso de derecho administrativo, T. I, pág. 77, Bs. As., La Ley.

Cassagne, J. Curso de derecho Administrativo, cit. t. II, pág. 284-286.

Comadira. J. R. (2003) Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios, Bs. As., Lexisnexis-Abeledoperrot, 2ª ed., pág. 338-417.

Coviello, P. J. J. (2004) La protección de la confianza del administrado, LexisNexisAbeledoPerot, Bs. As., pág. 438 t ss.

Cuadros, O. A. (2008) Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial, AbeledoPerrot, Bs. As., pág. 184.

Galli Basoaldo, La Ley del 21/03/2014.

Gherzi Carlos “Inconstitucionalidad de la Ley 26.944 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=31428&n=Inconstitucionalidad%20de%20la%20Ley%2026.944%20-%20para%20web.pdf>

Galdós, J. M. (2014). Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley. Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), pág. 137.

Gordillo, A. (2009) *Tratado de Derecho Administrativo* 10º ed. t. I. Disponible en URL [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXII.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf).

López Mesa M. J, “Algunas palabras sobre la Ley 26944 y la Responsabilidad del Estado” Disponible en: [www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/art.lopez\\_mesa.docx](http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/art.lopez_mesa.docx)

Mansilla, N. P. (2012/2013) Un análisis a la luz de las nuevas normas jurídicas contenidas en la ley de responsabilidad del Estado 26.944 y el Código Civil y Comercial Recuperado de: <http://www.derecho.unc.edu.ar/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/derecho-privado/la-responsabilidad-del-estado-natalia-paola-mansilla/view>

Marienhoff, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”. En ED, 114-949.

Marienhoff M., Tratado de Derecho Administrativo, cit. T.IV, pág. 252.

Ortega, L. y de la Sierra, S., (Coords.), Ponderación (...) op. Cit., pág. 22, con cita de A. Garcia Figueroa, Principios y positivismo jurídico, CEPC, Madrid, 1998.

Perrino, P. (2005) E. “La responsabilidad del estado ocasionada por el riesgo o vicio de las cosas, en obra colectiva Organización administrativa, función pública y dominio público, RAP, Bs. As.,pág. 503 y ss.

Perrino, P. (2014) “Responsabilidad civil y seguros”, Año XVI – n° 12.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999) Instituciones de derecho Privado. Obligaciones II Ed. Hammurabi, Bs. As., Vol. 2, pág. 447-476.

Pizarro, R. D. (2000) Daño Moral, 1ª reimpresión, Hammurabi, Bs. As.

Pizarro,R. D y Vallespinos, C. G. (2012) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* 5 ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Pizarro, R, y Vallespinos, C. G. (2014). Compendio de derechos de daños. Buenos Aires: Hammurabi.

Proyecto de ley sobre responsabilidad del estado nacional y sugerencia de adhesión provincial – dictamen – consejo consultivo de Santa Fe

Proyecto Ley Responsabilidad del Estado Disponible en URL: <http://www.cabb.arg.ar/naticias/proes.pdf> pág 1-2.

Senado tratamiento de la Ley. Ernesto Sanz – Pablo Gonzalez – Marcelo Guinle [.http://ambito.com/747865-es-ley-limite-a-la-esponsabilidad-del-estado](http://ambito.com/747865-es-ley-limite-a-la-esponsabilidad-del-estado).

Sanmartino, P. M. E. (2008) “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado” obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del estado y del funcionario público, RAP, Bs. As., pág. 438.

Sanmartino P., “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, ob. Cit. pág. 488.

Thomas, G. J. (2014) *Comentario del Proyecto Ley de Responsabilidad del Estado* Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140003-thomas-comentario\\_proyecto\\_ley\\_responsabilidad.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140003-thomas-comentario_proyecto_ley_responsabilidad.htm)

Tamayo Silva, G. E. (2015)”Responsabilidad del Estado – Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944 – El resarcimiento en los supuestos de

responsabilidad extracontractual lícita del Estado, su alcance en la Ley 26.944” 1ra. Edición, pág. 231.

## JURISPRUDENCIA

CSJN en autos “Sociedad Anónima Tomás Devoto y Cía c/ el Gobierno Nacional s/ Daños y Perjuicios” 169:111 (22-9-1933)

CSJN en autos “Vadell, Jorge Fernando c/Provincia de Buenos Aires” 306:2030 tomo 2 (18-12-1984)

CSJN en autos “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”. 21/03/2006 Fallos: 329:759

CSJN en autos “Resoagli, Luis c/ Provincia de Corrientes”.01/01/1869 Fallos: 7:373

CSJN en autos ”Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional M° de Econ. Y Obra y Serv. Publicos. s/ proceso de conocimiento” 15/05/2014 Fallos : 337:548

CSJN en autos,”Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. B.C.R.A. s. daños y perjuicios”, 1992, Fallos315:1026.

CSJN en autos “Schoo Devoto de Marino, Susana E. c/ D.N.V. s/ Expropiación”, 2014, Fallos 329:5467.

CSJN, en autos “Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional s/ordinario”,1979. Fallos, 301:403.

<sup>1</sup> CSJN, en auto “Eduardo Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad”1984.Fallos, 306:1409.

CSJN, en autos “Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de BuenosAires”1989. Fallos312:469.

CSJN, en autos “Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A. c/Provincia de Buenos Aires”1989, Fallos, 312:2266.

CSJN, en autos “El Jacaranda S.A. c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimientos”, 2005, Fallos: 328:2654.

CSJN, en autos “Zona Franca Santa Cruz S. A. c/ Estado Nacional – P.E.N. – dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios”, 2009, Fallo: 332:1367.