
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA

PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

JULIO RODOLFO COMADIRA

Profesor de Derecho Administrativo

Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (Argentina).

SUMARIO

I. EL PROPÓSITO DEL PRESENTE TRABAJO. II. EL ENFOQUE SISTEMÁTICO. III. ESQUEMA SUMARIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CONCEPTO. LOS DOS ÁMBITOS: CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. IV. LOS DATOS COMUNES. V. LAS DIFERENCIAS. VI. LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL. VII. LA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO CIVIL. VIII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA EXCEPCIÓN AL MOLDE TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. IX. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN PUEDEN SER IMPLÍCITAS. X. EL CRITERIO CLASIFICATORIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. APLICACIÓN DEL SISTEMA CIVIL. XI. EN EL DERECHO CIVIL SE PRIVILEGIA LA EXISTENCIA O NO DE UN CONTRATO, POR SOBRE LA NATURALEZA LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD. XII. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CORRESPONDE PRIVILEGIAR LA ÍNDOLE LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD. XIII. LA COMPETENCIA PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN. XIV. EL FUNDAMENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. XV. MI PUNTO DE VISTA. LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS. MEDIANTE DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATA DE LA LEY. XVI. PRIORIDAD CRONOLÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL. SENTIDO DE SU APLICACIÓN ORIGINARIA Y ALCANCES DE SU VIGENCIA ACTUAL RESPECTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. XVII. APLICACIÓN MEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATA DE LA LEY ADMINISTRATIVA LOCAL. XVIII. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILÍCITA. XIX. LA DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD ILÍCITA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. XX. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA. XXI. LA INCOHERENCIA DE LA CORTE EN "LAPLACETTE". XXII. EL DERECHO CIVIL ACEPTA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD; EMPERO POR CAUSALES DISTINTAS DE LAS PÚBLICAS. XXIII. LA LÍCIDA REMISIÓN DEL CODIFICADOR. EL ARTÍCULO 2611 DEL CÓDIGO CIVIL. XXIV. LA INAPLICABILIDAD DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. XXV. EL ESTADO NO NECESITA DE CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN. XXVI. EL EVENTUAL SÍMIL CON EL DERECHO CIVIL: EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS. XXVII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA. ENJUICIAMIENTO CRÍTICO. XVIII. LA CUESTIÓN DEL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN. XXIX. LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA INDEMNIZACIÓN JUSTA, PERO DIFIERE SU DETERMINACIÓN AL LEGISLADOR. XXX. LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN Y 21, INCISO 2, DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. XXXI. LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD. XXXII. INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE UN RÉGIMEN ORGÁNICO EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN

POR ACTIVIDAD LÍCITA. XXXIII. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY DE EXPROPIACIONES COMO PARADIGMA. XXXIV. EL CONCEPTO LEGAL EXPROPIATORIO: NUTRIENTE DEL SISTEMA LEGAL

La causa final del Estado es el bien común. Por mi parte, adhiero a la idea que concibe a éste como el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. Si esto es así, en un Estado de Derecho Democrático y Republicano la sumisión de éste a la juridicidad es una condición indispensable para la gestión justa de aquel bien.

La sujeción del Estado al ordenamiento jurídico es una idea que se expresa normalmente con el principio de legalidad, al cual, por mi parte, prefiero designar como principio de juridicidad toda vez que éste nomina mejor el fenómeno que se intenta describir.

El sometimiento del Estado al Derecho no implica, en efecto, sólo la subordinación a la ley formal —como podría hacer pensar, quizás, la locución *legalidad*— sino a todo el orden jurídico, desde los principios generales del Derecho hasta los precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando, desde luego, por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos y ciertos contratos administrativos.

Pues bien, el principio de juridicidad no sería más que una ilusión, la expresión esperanzada de juristas vocacionales, la explicación ingenua o hipócrita de los docentes en Derecho Administrativo o, en todo caso, la aspiración siempre incumplida de una comunidad ávida de creer en la República, si la responsabilidad del Estado, y de los funcionarios, no operaran como garantía de la juridicidad.

La vigencia efectiva de la responsabilidad del Estado construida, por supuesto, desde una perspectiva equilibrada, es, pues, esencial para que el Estado de Derecho sea una realidad efectiva y no una quimera.

I. EL PROPÓSITO DEL PRESENTE TRABAJO

En este estudio me habré de referir, exclusivamente, a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita y trataré, en ella, de volcar, por un lado, algunas humildes reflexiones que, espero, puedan contribuir a la consolidación de la ubicación del instituto en el ámbito del derecho público —en especial administrativo— y, por otro, de reformular algunas cuestiones que, ya en la propia esfera pública, merecen cierto replanteo.

II. EL ENFOQUE SISTEMÁTICO

No se puede encarar el estudio de ninguna institución jurídica sino desde una visión unitaria del derecho, porque el derecho es uno, más allá de las diversas realidades y valores a los que debe responder y adecuarse. El sentido mismo de las diferenciaciones no se comprende adecuadamente sino es a partir de una consideración universal —global, diríamos ahora— del fenómeno jurídico.

Por eso, considero indispensable partir, en primer lugar, de una relación sumaria, por cierto, pero necesaria, del esquema básico de la responsabilidad en el ámbito del derecho civil. Y estimo, asimismo, no menos necesario, realizar alguna consideración igualmente breve sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado en general, incluso por su actividad ilícita o ilegítima.

III. ESQUEMA SUMARIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CONCEPTO. LOS DOS ÁMBITOS: CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Así, pues, responder significa dar cada uno cuenta de sus actos y la responsabilidad civil implica el deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado. Ahora bien, ese deber existe sea que el daño se genere en el incumplimiento de un contrato, o bien que resulte de un acto ilícito. Es cierto que en los dos casos concurre la antijuridicidad, pero, conforme con la terminología tradicional en la materia —que corresponde, por otra parte, al criterio del Código Civil⁽¹⁾— reservo la denominación de acto ilícito para aquel que fuera de la relación convencional causa un daño jurídicamente atribuible a su autor⁽²⁾.

1 Cazeaux, Pedro N-Trigo Represas, Félix A, Derecho de las Obligaciones, t. III, La Plata, 1970, p.5.

2 Bustamante Alsina, Jorge Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1987, ps. 57,59,85; Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Buenos Aires, 1960, p.30, n.3; en contra: Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, Buenos Aires, 1971, T.I, p. 25; Gesualdi, Mariana, De la antijuridicidad a las causas de justificación, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Buenos Aires, 1997, dirección de Alberto José Bueres y Aida Kemelmajer de Carlucci, p. 145; Bueres, voto citado en el artículo anterior, nota 15.

Existen, entonces, dos ámbitos de responsabilidad civil: el del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) y el del acto ilícito (responsabilidad extracontractual), caracterizados por regímenes normativos distintos⁽³⁾, los cuales, sin embargo, no afectan la trascendencia del daño como elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio⁽⁴⁾.

IV. LOS DATOS COMUNES

Los datos comunes que configuran los presupuestos del deber de reparar están dados por la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de atribución⁽⁵⁾, siendo dable diferenciar, respecto de estos últimos, entre los que reconocen una configuración subjetiva -a partir de la imputabilidad moral del sujeto autor del hecho (dolo o culpa)- y objetiva, que prescinde de la persona del autor (la garantía, el riesgo, la equidad, el abuso del derecho y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos)⁽⁶⁾.

V. LAS DIFERENCIAS

Las diferencias, respecto de las cuales se ha señalado por parte de la doctrina⁽⁷⁾ su carácter real pero contingente en algunos casos y su índole especiosa o falsa en otros, devienen, entre otros aspectos, de regulaciones diversas en materia de prueba de la culpa, extensión del resarcimiento, constitución en mora, prescripción, discernimiento, dano moral, atenuación de la responsabilidad y, en parte, factores de atribución⁽⁸⁾.

VI. LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL

Ahora bien, en el esquema expuesto la antijuridicidad es un presupuesto básico de la responsabilidad, aun cuando ésta se base en factores objetivos de atribución.

En efecto, incluso en estas últimas situaciones la antijuridicidad no se excluye, sea porque el hecho en sí es ilícito y causa un daño (abuso del derecho o violación de la normal tolerancia entre vecinos), sea porque la ilicitud resulte meramente *potencial* y en todo caso configurada si el daño no se indemnizara (garantía, riesgo o actuación involuntaria de un sujeto inimputable)⁽⁹⁾. Como indica López Olaciregui subyace aquí la idea de Planiol, quien, al ubicar al enriquecimiento sin causa entre los actos ilícitos, sostiene que hay ilicitud en el agente que se niega a restituir lo que, por azar, llegó a su patrimonio aunque aquélla no se diera antes del evento⁽¹⁰⁾.

La antijuridicidad es, por lo demás, el resultado de una relación de contradicción entre el acto o hecho y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático. Y esto implica por lo menos dos consecuencias:

En primer lugar que, sin perjuicio del principio de libertad que rige en el derecho privado, la disconformidad con la norma como génesis de la antijuridicidad no es sólo medible en relación con la ley formal, sino con todo el sistema normativo⁽¹¹⁾.

Y en segundo, que, como bien se ha dicho, la imaginación de los depredadores impide encorsetar la ilicitud civil en tipos absolutamente cerrados⁽¹²⁾. Como afirma Alterini el sistema legal no puede dejar sin repudio toda una serie de conductas no expresamente vedadas, pero cuya prohibición surge de la consideración del sistema jurídico como un plexo normativo⁽¹³⁾.

3 Bustamante Alsina, op.cit, p.71.

4 Bustamante Alsina, El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, citada, p. 18.

5 Bueres, Alberto J, Derecho de Daños, Buenos Aires, 2001, p.444; Bustamante Alsina, Teoría..., p.86.

6 Bustamante Alsina, Teoría...cit, ps.276 y ss y 327 y ss.

7 Bueres, op.cit, p.444.

8 Bustamante Alsina, Teoría... ps73/75.

9 Bustamante Alsina, Teoría...ps. 90/91, 413 y 416 quien sigue en esto, y cita, a López Olaciregui, José M, Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil, Balance de un siglo, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964-I-IV, p. 68. Al decir de Alterini en la responsabilidad por riesgo basta con la transgresión objetiva que importa la lesión de un derecho subjetivo, Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1970, p.106.

10 López Olaciregui, art.cit, p.68.

11 Boffi Boggero, Luis María, Tratado de las Obligaciones, t.2. Buenos Aires, 1973, p.90; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, cit, t.III, p. 3; Mosset Iturraspe, Responsabilidad..., cit, t.I: ps.26 y ss. y 37 y ss;

12 Echevesti, Carlos, El lenguaje y la ciencia jurídica del daño, en La responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, 1995, p.79. Ya en su momento Luis María Boffi Boggero había señalado que en Derecho Civil falta, al menos con los caracteres del Código Penal, la tipicidad, de modo que la prohibición puede ser específica o genérica (Tratado, cit, t.2, p.93).

13 Alterini, Atilio A, Responsabilidad Civil, cit, p.73.

VII. LA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO CIVIL

El deber de reparar, sin embargo, no está hoy en día, en el derecho privado, sólo ligado a la antijuridicidad, porque él es admitido incluso en supuestos en los que ésta no concurre. Y ello sucede, sustancialmente, cuando gravitan causas de justificación, es decir circunstancias que excluyen la relación de contradicción entre el acto y el ordenamiento jurídico.

VIII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA EXCEPCIÓN AL MOLDE TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Estas circunstancias, cuya teorización fue realizada originariamente por la doctrina penal alemana y después por la civil, que eliminan la antijuridicidad sea porque se considere que convierten lo ilícito en lícito¹⁴, sea porque se entienda que, cuando ellas concurren, el acto es *ab initio* legítimo⁽¹⁵⁾, no excluyen, sin embargo, en el sentir de la mayoría de la doctrina, el deber de reparar que es derivado, según las diversas opiniones, del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos, la expropiación privada, la equidad, la solidaridad social o de otras causales que atienden antes que a la culpabilidad del autor del daño en sí como eje de la responsabilidad⁽¹⁶⁾.

Esta alternativa —la reparación sin antijuridicidad— viene, así, a excepcionar el molde tradicional de la responsabilidad civil y a recoger de ese modo valores que lo trascienden porque constituyen principios generales del derecho o bien porque anidan en el derecho público; no obstante, los casos que por esta vía se admiten no alteran el carácter general del sistema que sigue montado, básicamente, sobre aquélla como uno de sus presupuestos fundamentales.

IX. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN PUEDEN SER IMPLÍCITAS

Con discrepancias más terminológicas que conceptuales se admiten, en general, como situaciones clásicamente configuradoras de la justificación a la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, el consentimiento del interesado, la autoayuda⁽¹⁷⁾ y, según algunos, el ejercicio regular de los derechos⁽¹⁸⁾. Y en general también se coincide en que, a partir del principio de la libertad y de la excepción que en relación con él significa la ilicitud, las causales de justificación, en tanto excepciones a la excepción importan una vuelta a la libertad y no necesitan, por ende, estar, en el derecho civil, expresamente previstas⁽¹⁹⁾.

Me interesa destacar que en el ámbito del derecho privado, Alterini, al enunciar las causales de justificación, se refirió, especialmente y en primer lugar, a la "facultad pública o privada para atacar un derecho subjetivo" (la cursiva me pertenece), lo cual indica la ubicación en el derecho público del instituto que hoy nos convoca²⁰.

X. EL CRITERIO CLASIFICATORIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. APLICACIÓN DEL SISTEMA CIVIL

A esta altura del análisis cabe preguntar en qué medida el esquema trazado en relación con la responsabilidad civil es aplicable al ámbito público. Sostiene Kemelmajer de Carlucci que en la órbita de la responsabilidad, tanto pública como privada, se admiten dos ámbitos en la teoría del responder: contractual y

- 14 Belluscio, Augusto (Director)-Zannoni, Eduardo (Coordinador) y otros autores, Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Buenos Aires, 1194, t.5, p. 22; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, citada, t.III, Buenos Aires, 1980, p.73.
- 15 Boffi Boggero, Tratado, op.cit, t.2, p.99; Orgaz, La ilicitud, Córdoba, 1974, p.48; Ossola, Federico Alejandro, La antijuridicidad (presupuesto de la responsabilidad civil?, Buenos Aires, p.87; parece ser también la opinión de Alterini, op.cit, p.76.
- 16 Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, citada, t.III, ps.80 y ss.
- 17 Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, citada, tomos I, ps. 38 y ss y tomo III, ps. 73 y ss; Orgaz, La ilicitud, cit, ps. 47 y ss; Bustamante Alsina, Teoría..., ps. 137 y ss.
- 18 Orgaz, La ilicitud, citada, ps. 61 y ss, en comita; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, cit, t. I, p.38; también Belluscio, Augusto (director)-Zannoni, Eduardo (coordinador) y otros autores, Código Civil y leyes complementarias, Cit, t.5, p.22; Ossola, La antijuridicidad, cit, p.88.
- 19 Mosset Iturraspe, Responsabilidad...,cit, t.III, p.83; Orgaz, La ilicitud, cit, p.50.
- 20 Alterini, Responsabilidad civil, cit, p.75; en la actualidad se puede ver, en el mismo sentido Mosset Iturraspe, Responsabilidad del Estado, Revista de Derecho de Daños, n.9, especialmente p.11.

extrancontractual reguladas por las leyes en forma separada, más allá de los gustos del intérprete y de las diferencias conceptuales que en la doctrina moderna se nieguen ⁽²¹⁾.

XI. EN EL DERECHO CIVIL SE PRIVILEGIA LA EXISTENCIA O NO DE UN CONTRATO, POR SOBRE LA NATURALEZA LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD

Este criterio de clasificación de la responsabilidad que prioriza, como base de la sistematización, la existencia, o no, de un vínculo obligacional específico por sobre el que resulta de la antijuridicidad o juridicidad de la actividad, se justifica en el derecho privado por que en éste el presupuesto general de aquélla sigue siendo, como regla, la antijuridicidad -aunque sea de fuente objetiva- sin que, por otra parte, el vasto campo del ejercicio regular de los derechos genere responsabilidad, aun cuando cause daños.

XII. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CORRESPONDE PRIVILEGIAR LA ÍNDOLE LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD

Ese temperamento no es admisible, en cambio, en el derecho público pues aun cuando el ejercicio de las competencias por el Estado no es, por lo regular, fuente de indemnización para los particulares, al poseer aquél como competencia general la potestad de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común y, con ello, la correlativa posibilidad de comprometer responsabilidad sin antijuridicidad, ésta deja de ser un presupuesto general de la responsabilidad.

XIII. LA COMPETENCIA PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN

El concepto que subyace en la institución de la expropiación contemplada en el artículo 17 de la Constitución -sacrificio de intereses patrimoniales privados por razones de bien común- habilita una competencia estatal de ejercicio normal. Por eso, en el derecho administrativo la responsabilidad sin antijuridicidad no es, como se ha dicho de igual tenómeno en el derecho privado, un apéndice anormal de la responsabilidad ^(?).

Esto no significa sostener que la competencia del Estado se regule por el principio de la libertad propio del derecho privado e, invertir, entonces, de ese modo, el postulado que deriva esas competencias, inexcusablemente, de la norma previa habilitante, constitucional o legal.

No importa tampoco desconocer el carácter excepcional de la técnica expropiatoria ^(*); sólo implica, en realidad, afirmar que un contenido *normal* de aquella competencia, *en tanto no requiere de causal de justificación* para ejercerse, es el sacrificio lícito de derechos patrimoniales por razones de bien común.

En el campo privado, en cambio, aun cuando el particular tiene sí libertad *a priori* y no necesita, por ende, de una norma habilitante para actuar (artículos 19 de la Constitución Nacional y 53 del Código Civil), él no puede *normalmente* sacrificar derechos patrimoniales ajenos. Esta alternativa es, pues, para el particular excepcional y *sólo derivable de causales de justificación*, las que, ineludiblemente, deben concurrir aunque sea de modo implícito.

Así, pues, si la antijuridicidad no es presupuesto general de la responsabilidad del Estado, en tanto ésta también puede derivar de la competencia general que a éste le asiste para sacrificar derechos patrimoniales por razones de bien común, parece, entonces, razonable adoptar como criterio de clasificación primario respecto de su posible responsabilidad, la distinción que deviene de la ilicitud o licitud de su accionar, teniendo en cuenta, además, que, como antes recordé, las diferencias entre las categorías contractual y extracontractual están, hoy en día, discutidas (Ver *supra* notas 7 y 21).

En esta instancia considero, entonces, que es plausible plantear el fundamento general de la responsabilidad del Estado.

21 voto en la causa "Poder Ejecutivo de la Provincia-Torres Francisco c/Provincia de Mendoza P/D.Y.P. s/Inconst.-Casac", 4/4/89, RAP, n.130 p. 110.

22 De Cupis, El daño, p.538, citado por Ordoqui Castilla, Gustavo "Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas", en La responsabilidad, Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg, cit. p.336.

23 Marienhoff, Miguel S, Tratado..., op.cit, Buenos Aires, 1992, t.IV, n. 1283.

XIV. EL FUNDAMENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La obligación del Estado de responder por los perjuicios que cause, sea que ellos resulten de su accionar ilícito o lícito, deriva, como ya enseñara el querido maestro Marienhoff⁽²⁴⁾, del complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de Derecho.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma de algún modo esta concepción, porque sus fallos revelan invocaciones conjuntas o alternadas a las ideas de justicia, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad o igualdad antes las cargas públicas⁽²⁵⁾.

XV. MI PUNTO DE VISTA. LAS DISPOSICIONES INVOLUCRADAS. MEDIAJEZ DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATEZ DE LA LEY

Dentro del marco de estos principios son especialmente destacables, a mi juicio, las cláusulas constitucionales que reconocen el derecho de propiedad (artículo 14) y garantizan su inviolabilidad (artículo 17), como así también las que consagran la igualdad ante las cargas públicas (artículo 16) y los principios de libertad (artículo 19) y de razonabilidad (artículo 28), disposiciones ellas que gravitarán conjunta o alternativamente según las especies de responsabilidad de que se trate⁽²⁶⁾.

Siempre he pensado que, en definitiva, toda responsabilidad privada o pública remite su fundamento mediato a la Constitución y al Estado de Derecho Democrático y Republicano que ella instrumenta, constituyendo las leyes formales—el Código Civil, por ejemplo, en la esfera del derecho privado—la reglamentación, en ese nivel, es decir en el plano legal formal, de principios que, en rigor, la trascienden.

XVI. PRIORIDAD CRONOLÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL. SENTIDO DE SU APLICACIÓN ORIGINARIA Y ALCANCES DE SU VIGENCIA ACTUAL RESPECTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Código Civil ha sido primero en el tiempo y el Derecho Administrativo reconoce respecto de él una elaboración tardía. Lo señalaba ya en 1936 André Hauriou⁽²⁷⁾ respecto de Francia. Por eso, acudir a sus previsiones para resolver situaciones relativas a la responsabilidad del Estado se explica históricamente en los tiempos embrionarios de éste.

24 Marienhoff, Miguel S, Tratado ..., op.cit., t: IV, ps.664 y ss.

25 En este sentido, los criterios utilizados por el Alto Tribunal en sus diversos fallos se podrían sintetizar del siguiente modo: *Justicia y equidad*. 22/06/09, "Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de Ensenada c/Cob. Nacional", Fallos 111:339; 18/03/38, "Establecimientos Americanos Gratra S.A. c/La Nación", Fallos 180:107; *Justicia y equidad y Garantía de la inviolabilidad de la propiedad*: 26/02/43, "Laplacette, Juan c/Bs.As., Pcia de", Fallos 195:66; *Principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro y sometimiento del Estado a una especie de "orden moral"*: 9/11/59, "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/Gob. de la Nación", Fallos 245:146; *El Estado de Derecho, y en virtud del principio de legalidad, el Estado al representar al Derecho organizado no puede aparecer como violador de éste*: 31/10/89, "Ledesma S.A. Agrícola Industrial c/Estado Nacional", Fallos 312:2022; *Garantía de propiedad*: 4/06/48, "Tabrué Noema Zavaleta de c/La Nación y Parodi Figini—daños y perjuicios—", Fallos 211:46; 2/03/78, "Cipollini, Juan S. c/Dirección Nacional de Vialidad", Fallos 300:143; 15/05/79, "Cantón, Mario E. c/Gobierno Nacional", Fallos: 301: 403; 11/03/80, "Heredia de Morales, Justiniana c/Estado Nacional", Fallos 302:159; 14/05/87, "Motor Once S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Bs.As.", Fallos 310:943; 13/6/1989 "Petruccelli, Fidel c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", Falos: 312: 956; 19/9/ 1989, "Tejedurias Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 312: 1656; 21/12/89, "Cadessa S.A. c/Estado Nacional", Fallos 312:343; 23/11/89, "Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.", Fallos 312: 2022; 27/8/91 "Miguel González y cía. c. Nación Argentina", Fallos: 314: 910; 16/06/93, "Cachau, Oscar J c/Buenos Aires, Pcia.", Fallos 316:1336; 16/06/93, "Prada, Iván Roberto c/Buenos Aires, pcia.", fallos 316:1465; 13/10/94, "Román SAC. c/ Estado Nacional /Mº de Educ. y Just.), Fallos: 317:1232; Fallos: 318:1531; 27/02/97, "Cia. Swift de la Plata c/Estado Nacional"; Galanti, Carlos Alberto c/Municipalidad de Buenos Aires", Fallos 310:2824 (sumario); 13/5/97 "Manzi Carlos c. Ministerio de Economía", Fallos: 320:955; 25/8/98 "Toll Enrique y otros c. Asociación de Obras Sociales y Ora", Fallos: 321: 2345, *Garantía de propiedad o lesión de atributos esenciales*: 23/12/86, "Juillerat, Milton Enrique c/Municipalidad de la Ciudad de Bs.As.", Fallos 308:2626; 9/5/1989 "Beccan Manuel de Jesús c. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos: 312: 648; *Pérdida o sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio*: 2/8/2000, "Columbia Cia. Financiera c.Estado Nacional (Ministerio de Economía)", Fallos:323:1897; *Garantía de propiedad y principio de igualdad ante las cargas públicas*: 22/12/75, "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; 8/09/92, "García, Ricardo M. c/Bs.As. pcia.", Fallos 315:1892; 15/08/95, "Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro", Fallos. 318:1531; 19/10/1995 "Balda, Miguel Angel c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990; 11/6/1998 "López, Juan de la Cruz y otros c. Provincia de Corrientes", Fallos: 321: 1712; *Igualdad ante las cargas públicas*: 10/12/1998 "Azzetti, Eduardo N c. Estado Nacional /Estado Mayor General del Ejército", Fallos: 321; 3363; a *Perjuicio particular para conseguir—a través de él—finalidades de interés general o colectivo*: 30/03/93, "Buenos Aires Eximport s.a. c/estado nacional", Fallos 316:397; *Lesión a una situación jurídicamente protegida*: 12/11/96, "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la vivienda c/BCRA.", Fallos 319:2658.

26 Graciela Reiriz tunda la responsabilidad del Estado en general, en el principio de igualdad ante las cargas públicas, la garantía del derecho de propiedad y el respecto de los derechos adquiridos (Responsabilidad del Estado, en El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, 225.

27 Hauriou, André, La utilización por el Derecho Administrativo de las normas y principios del Derecho Privado, LL, t4, sección doctrina. Y lo recuerda entre nosotros Horacio Rosatti en "La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica, Revista de Derecho de Daños, n.9, Responsabilidad del Estado, p. 82 y 83.

En la actualidad sólo se justifica cuando se trata de valorar normas que, más allá de su localización formal en aquél⁽²⁸⁾, importan, en realidad, la recepción de principios generales del derecho, de normas de derecho público –como ocurre con el artículo 1112 dinámicamente interpretado como propone Cassagne⁽²⁹⁾–, de prescripciones privadas aplicables *analogicamente* al derecho administrativo⁽³⁰⁾ o implican, lisa y llanamente, cláusulas de reenvío como sucede con el artículo 2611, disposición ésta cuya fuerza expansiva no ha sido suficientemente destacada por la doctrina.

Por eso aun cuando las disposiciones del Código Civil se puedan considerar aplicables en la esfera del Derecho Administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último, la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso⁽³¹⁾.

XVII. APLICACIÓN MEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATA DE LA LEY ADMINISTRATIVA LOCAL

Las circunstancias llevan, pues, a que, como antes dije, la responsabilidad del Estado deba hallar su fundamento mediato en la Constitución Nacional e inmediato en la legislación administrativa que la reglamente en coherencia con los principios de aquélla; sin perjuicio de que estos principios deban operar de modo directo e inmediato, con exclusión de la legislación común, cuando aquella normatividad genérica o específica no exista. Bien entendido que, cuando me refiero a la legislación administrativa, estoy aludiendo a la legislación federal o provincial, según sea el caso, habida cuenta del carácter local de esta disciplina⁽³²⁾.

Y si bien escapa al objeto de este trabajo profundizar la temática relativa a la jurisdicción competente para disciplinar la responsabilidad del Estado, no puedo dejar de aludir a la impropiedad en que ha incurrido el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código Comercial de 1998 al incluir en su ámbito la regulación de la responsabilidad del Estado⁽³³⁾.

XVIII. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILÍCITA

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita deriva su fundamento mediato de la inviolabilidad de la propiedad (artículos 14 y 17 de la CN) y del principio de libertad (artículo 19 de la CN). Como es obvio la ley formal no es título idóneo para imponer la obligación de soportar conductas dañosas ilegítimas aunque éstas provengan de aquél. El principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, como ha dicho la Corte con fundamento en la segunda cláusula citada⁽³⁴⁾.

No creo, por otra parte, que, en esta hipótesis, corresponda invocar la igualdad ante las cargas públicas toda vez que no se puede considerar una carga pública la obligación de soportar conductas dañosas ilegítimas del Estado⁽³⁵⁾ y, además, porque de ser así, bastaría para justificar la ilegalidad su distribución igualitaria.

28 Agustín A. Gordillo en su Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1966, segunda edición corregida y aumentada, p. 163, al estudiar las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo, recordaba ya la existencia de principios generales propios de la ciencia del derecho y de la lógica jurídica comunes a ambas disciplinas, como así también la inclusión en el Código Civil de normas administrativas y la aplicación, adaptada, de las disposiciones de aquél al derecho administrativo; asimismo Reiriz, Responsabilidad, cit, p.223.

29 Cassagne, Juan, C. Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p.35; Bustamante Alsina, Teoría..., cit, p.327.

30 Reiriz, I a Responsabilidad, cit, p. 224

31 CSJN, "S.A. "Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado", considerando 5, suplemento de Derecho Administrativo de El Derecho, 13/3/98.

32 Ferrino, Pablo, Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p.69; Salomoni, Jorge, La responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil, Jornadas..., cit, p.137.

33 En relación con la responsabilidad por actividad ilícita el artículo 1675 dispone que, con los alcances del artículo anterior –que consigna la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de quienes los dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones– el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor. Y respecto de la actividad lícita el artículo 1676 del proyecto establece que el Estado debe responder por sus actos lícitos que sacrifiquen intereses de los particulares en beneficio del interés general. El artículo también determina que la responsabilidad sólo comprende, en este caso, el daño emergente; pero que, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

34 5/8/1986 "Luis Federico Santa Coloma y otros", Fallos: 308:1160

35 En la causa citada en la nota anterior el Alto Tribunal también sostuvo que no figura entre las potestades constitucionales de un Estado imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social (considerando 8).

XIX. LA DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD ILÍCITA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, no obstante que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima no existen diferencias absolutas en relación con la responsabilidad ilegítima disciplinada por el derecho privado respecto de los particulares, sí concurren las suficientes como para imponer matices conceptuales que excluyen la identidad.

Hay datos comunes -las exigencias del daño, causalidad e imputabilidad jurídica- pero, como ha indicado Cassagne, es en el factor de atribución constituido, en lo fundamental, por la *falta de servicio* de base objetiva donde radica la diferenciación esencial, pues mientras en el derecho privado aquel factor es, en principio, subjetivo, y el objetivo requiere de consagración legal expresa, en el derecho administrativo la regla se invierte⁽³⁶⁾.

De todos modos, el sentido de este artículo no es el estudio en particular de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, sino, precisamente, en la consideración de tal responsabilidad por la actividad lícita, motivo por el cual pasaré, a continuación, a considerar lo relativo a esa materia.

XX. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA

Adelanto desde ahora, sin perjuicio de volver sobre el punto posteriormente al considerar el factor de atribución, que, en mi opinión, el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita radica en las garantías de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagradas por la Constitución Nacional (artículos 14, 17, 16, 19 y 28, respectivamente) conjuntamente consideradas.

No es por ello procedente acudir para explicar la situación de responsabilidad sin antijuridicidad, cuando por hipótesis no exista norma administrativa expresa, genérica o específica, a la aplicación analógica de las disposiciones civiles que reglamentan el derecho de propiedad privada y las relaciones que a partir de él se generan entre los particulares⁽³⁷⁾.

XXI. LA INCOHERENCIA DE LA CORTE EN "LAPLACETTE"

No es, por eso, coherente, el razonamiento de la Corte en la causa "Laplacette" (considerando 5, citada en nota 25), en la que después de afirmar, correctamente, que la responsabilidad del Estado nace, en casos como ese, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, busca, en cambio, inadecuadamente, el modo de efectivizarlas en ausencia de ley expresa, en los principios del derecho común.

Ello, porque como en su momento señaló Fleiner⁽³⁸⁾, de cita inexcusable en esta materia, frente al Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos.

XXII. EL DERECHO CIVIL ACEPTA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD; EMPERO POR CAUSALES DISTINTAS DE LAS PÚBLICAS

Es cierto que, como recuerdan algunos civilistas⁽³⁹⁾, el derecho civil también reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar⁽⁴⁰⁾, pero no lo es menos que los fundamentos y las circunstan-

36 Cassagne, op.cit, O p.40. Señalan Belluscio-Zanorri (Código, cit, t.5, p.32, nota 22) que para la mayoría de los autores la responsabilidad por culpa es el sistema general de nuestra ley, mientras que los factores objetivos con excepciones a la regla y recuerdan, asimismo que el IV Congreso Nacional de Derecho Civil declaró por mayoría que no obstante las reformas introducidas por la ley 17711 sigue rigiendo como principio general, la idea de que no hay responsabilidad sin culpa del responsable.

37 Amplió, así, el fundamento que en su momento radiqué sólo en "el derecho de propiedad, a la luz del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas" (Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, ps. 420-421).

38 Fleiner, Filiz, Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de la octava edic. alemana, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1923, p. 235.

39 Por todos, Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, cit, t.I, p.50 y t.III, ps. 80 y ss; asimismo Boffi Boggero, Tratado, op.cit, t.2, p.

40 Por eso comparto, en este aspecto, la idea de Patricio Sammartino en el sentido de que la aplicación analógica del Código Civil a la responsabilidad del Estado por su actuación lícita no lleva, necesariamente, a la irresponsabilidad del Estado (La Responsabilidad de los Poderes Públicos en la ciudad de Buenos Aires, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas..., cit, p. 513).

cias que los justifican son, en verdad, diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil (41).

XXIII. LA LÚCIDA REMISIÓN DEL CODIFICADOR. EL ARTÍCULO 2611 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro lúcido codificador civil ya lo avizoró en el siglo XIX al contemplar en el artículo 2611 que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público son regidas por el derecho administrativo. Esta disposición legal civil de reenvío recoge, a mi juicio, un principio que trasciende la esfera específica de las restricciones y límites al dominio y se expande a todo el ámbito de los sacrificios a la propiedad por razones de interés público.

XXIV. LA INAPLICABILIDAD DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como ya recordé, en el derecho civil se acude, para evidenciar la responsabilidad sin antijuridicidad, a las causas de justificación, entre las cuales se incluye, a veces, el ejercicio regular de los derechos.

Pero ¿qué causal de justificación se deberá aplicar al Estado para legitimar su actuación cuando expropia, revoca actos o contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; cambia su política económica o genera perjuicios a causa de obras públicas?

Antes expresé que en el derecho civil se acude, para evidenciar la responsabilidad sin antijuridicidad, a las causales de justificación, entre las cuales se incluye, a veces, el ejercicio regular de los derechos. Y, como también indiqué, no es simple la cuestión relativa al fundamento de la reparación.

¿El estado de necesidad? Como es sabido él se plantea cuando una persona para salvarse a sí misma o a otra o a sus propios bienes o los ajenos, daña a un tercero. Esta causal demanda para su configuración la inexistencia de culpa del autor del hecho, la inevitabilidad por otro modo del mal inferido, la actualidad e inminencia del perjuicio y la superioridad cuantitativa y cualitativa del bien que se procura salvar (42).

Es indudable que el interés público será siempre cualitativamente preponderante respecto del individual y por tal razón no sería, en principio, inviable aceptar que, en la búsqueda de un encuadre civil para la situación en estudio, éste podría hallarse, quizás, en la exclusión de la antijuridicidad que resulta del estado de necesidad (43).

Pero entonces cabe interrogar: Si el *mal* a inferir no intenta responder a un perjuicio actual e inminente ¿no se puede revocar o expropiar? ¿será la urgencia inaplazable la única causal habilitante de la revocación y de la expropiación?

¿La legítima defensa? Esta requiere en principio, a diferencia del estado de necesidad, que el daño se cause a quien ataca y exige para su configuración la concurrencia, entre otros elementos, de una agresión ilegítima, no provocada, comenzada y no terminada (44).

En ese marco cuando el Estado revoca por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia ¿se defiende frente al administrado?

¿Cómo se encuadra en esta causal la decisión de construir una obra pública con el fin de prevenir la repetición de perjuicios ya producidos? ¿se deberá excluir la indemnización si la obra se hace después del daño? La no inminencia de futuros daños ¿justifica la irreparabilidad?

¿La autoayuda? Su parentesco próximo con las causales antes enunciadas determina que se reproduzcan en ella iguales reparos. Pero, más allá de esa circunstancia cabe consignar que cuando el Estado actúa no lo hace en defensa de un interés propio, sino de uno ajeno que lo trasciende: el público; por ello tampoco esta figura serviría para explicar la actuación dañosa del Estado y si se pretendiera que la comunidad es el tercero, entonces reviven las objeciones realizables al estado de necesidad.

41 López Cabana, art. cit, p.273.

42 Bustamante Alsina, Teoría General..., cit, ps. 137/138.

43 Así lo pensé, inicialmente, en Derecho Administrativo, cit, p.448. Ahora, sin embargo, nuevas reflexiones me llevan a cambiar el enfoque en este aspecto, más allá de mantener las conclusiones que siento en ese estudio sobre el alcance de la indemnización en la actuación lícita del Estado.

44 Bustamante Alsina, Teoría General, cit, 138/139.

XV. EL ESTADO NO NECESITA DE CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN

Ninguno de estos supuestos explica satisfactoriamente la situación que se genera cuando el Estado sacrifica derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de interés público, porque cuando el Estado así procede no necesita para legitimarse de la concurrencia de causales de justificación⁽⁴⁵⁾ Su actuación es, en esos casos, intrínsecamente legítima aunque resulte dañosa⁽⁴⁶⁾

Por eso sí acierta la Corte en el citado caso "Laplacette" (citada en nota 25), al sostener que en ausencia de ley expresa procede indagar la solución en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, no siendo otras, en la especie, que las contempladas en la ley de expropiaciones paradigma de la actuación lícita dañosa, idea ésta recogida, en lo sustancial, en las causas "Motoronce" y "Petruccelli" (citadas en nota 25).

XXVI. EL EVENTUAL SÍMIL CON EL DERECHO CIVIL: EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS

Si la actuación lícita del Estado que causa daños debiera asimilarse o aproximarse a algún supuesto del derecho civil él debería ser el del ejercicio regular de los derechos, el cual, con razón, no es considerado por parte importante de la doctrina civil como causal de justificación⁽⁴⁷⁾ porque cuando se ejerce un derecho la conducta que se desarrolla es una actividad en sí misma lícita.

Y digo que la situación se aproxima por dos razones.

En primer lugar porque en el derecho civil el ejercicio regular de un derecho no compromete responsabilidad alguna, mientras que en el derecho administrativo esa idea es predicable sólo *en principio* porque, como ha dicho la Corte, el ejercicio por el Estado de sus poderes propios no constituye, normalmente, fuente de indemnización para los particulares⁽⁴⁸⁾, la cual, cuando se genera responde, precisamente, a principios públicos constitucionales.

Y en segundo término porque en el campo del derecho público el ejercicio de la competencia no constituye, en verdad, un derecho en el sentido técnico privado del término sino, conforme ha enseñado la doctrina italiana, una potestad, esto es, una atribución-deber cuyo sentido radica en la satisfacción de un interés ajeno⁽⁴⁹⁾.

Cuando el Estado desarrolla, pues, una actividad lícita dañosa ejerce regularmente su competencia, la cual es obligatoria e irrenunciable, de modo que si no lo hiciera podría, eventualmente, configurarse un supuesto de responsabilidad ilegítima por omisión, sin perjuicio de las concurrentes responsabilidades políticas, administrativas, disciplinarias, patrimoniales y, en su caso, penales de los funcionarios pertinentes.

XXVII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA. ENJUICIAMIENTO CRÍTICO

Escapa a las posibilidades de este estudio realizar un análisis de la evolución de la jurisprudencia sobre el tema. Por lo demás, es esa una tarea ya realizada, con erudición, por Cassagne y, más recientemente, por Coviello en trabajo especialmente dedicado al tema⁽⁵⁰⁾.

45 La justificación supone que de no mediar ella, la conducta sería ilícita. El ejercicio regular de un derecho es, en cambio, en sí, un acto lícito (Belluscio-Zanonni, Código Civil, cit. t.5, p.22).

46 La actuación lícita puede devenir, sin embargo, en ilícita, si tratándose, por ejemplo, de una obra pública ésta causa perjuicios a raíz de su defectuosa ejecución ("Elsa Margarita Urrutí de González Cane y otros c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 315: 2857 -sumario; "Juan Bernardo Ciddio v. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 316: 1601-sumario; voto del Ministro Adolfo Vazquez en la causa "Salvatore de López, Amelia c. Buenos Aires, Provincia de", 17/4/1997 Fallos: 320: 568).

47 Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daños, cit. t.I, p.38; Belluscio-Zanonni, op.cit. p.22.

48 29/05/64, "Suñe, Eduardo c/Segba", Fallos 258:322; 9/08/83, "Winkler, Juan L. c/Gobierno de la Nación", Fallos 305:1045; 13/10/94, "Román SAC. c/ Estado Nacional/M^o de Educ. y Just.", Fallos: 317:1232 y J.A-1995-I-266.

49 Santi Romano, *Fragments de un dictionnaire juridique*, Buenos Aires, 1964, p. 297 y ss. especialmente p. 309

50 Cassagne, La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo, ED, 100: 986; id, Las grandes líneas..., op.cit.; Coviello, Pedro J, La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en ED, suplemento de Derecho Administrativo, 29/8/00.

Sólo cabe, aquí, señalar que según surge de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los requisitos que deben concurrir serían los siguientes:

- a) Existencia de un daño cierto;
- b) Relación de causalidad entre el accionar estatal y el perjuicio;
- c) Posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado;
- d) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño ⁽⁵¹⁾ y
- e) Existencia de un sacrificio especial en el afectado.

A) El daño

La existencia del daño es referida a la producción de un perjuicio patrimonial cierto y actual ("Tejedurias Magallanes", "Cadesa", "Revestek", citadas en la nota 25) o futuro, aunque no meramente hipotético o conjetural; las meras expectativas son descartables ⁽⁵²⁾. Desde mi punto de vista es discutible que deba comprender el daño moral, pues éste, en principio, no se debería generar cuando el sacrificio se origina en un deber comunitario ⁽⁵³⁾.

Un presupuesto fundamental del daño es que exista lesión a una situación jurídicamente protegida ("Revestek", citada en nota 25) pues la admisión de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita no se debe interpretar como la institucionalización de un régimen de responsabilidad objetiva en el marco de la cual bastaría acreditar el nexo causal entre la actividad del Estado y el perjuicio para suscitar la obligación de indemnizar ("Román", citada en nota 25).

Cuándo esa situación se configura no es, sin embargo, una cuestión que se pueda resolver *a priori* porque su determinación sólo es posible efectuarla judicialmente en cada situación y con arreglo a las particularidades que ella presente, como indica Bianchi en un agudo estudio sobre el tema ⁽⁵⁴⁾.

En cualquier caso es oportuno puntualizar que la reforma constitucional de 1994 ha otorgado carta constitucional a la protección de los derechos de incidencia colectiva en general.

B) La relación de causalidad

La relación de causalidad se ha calificado en algunos casos como *directa e inmediata* ("Galanti", citada en nota 25), no se le ha calificado especialmente ("Cadesa", citada en nota 25) o se ha requerido su carácter *directo, inmediato y exclusivo* ("Ledesma", citada en nota 25; también "Revestek", citada en nota 25, según Muratorio) o bien *directo y relevante* ("García", "Gómez", ambas citadas en nota 25).

Se ha indicado la necesidad de que, tratándose de responsabilidad por actividad lícita del Estado, el requisito en análisis se debe ponderar con suma prudencia ⁽⁵⁵⁾, propiciándose, incluso, un criterio restrictivo (disidencia de Barra en "Prada" y de Fayt en "Cachau", ambas citadas en la nota 25; línea compartida por Tawil y Muratorio ⁽⁵⁶⁾).

Desde mi punto de vista no existe razón para extremar en el caso la valoración de la causalidad, pues en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino, simplemente, una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado. La presunta "severidad" del Derecho Administrativo no debería hallar, al menos aquí, un ejemplo ⁽⁵⁷⁾.

51 Así la resume la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa "American Airlines Inc. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", publicada en ED, suplemento de Derecho Administrativo del 29/9/00. Ver también Cassage, art. Cit. ps 37/38.

52 Monti de Hitzfelder, Laura, La responsabilidad del Estado por actividad normativa a la luz de la jurisprudencia, en Revista de Derecho Administrativo, n. 19/20, p.489 texto y nota 29.

53 Ghersi, Carlos Alberto, La responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos, Jurisprudencia Argentina, 8/10/86, p.12.

54 Bianchi, Alberto, Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Buenos Aires, 1998, p.145. Laura Monti de Hitzfelder recuerda importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el artículo citado anteriormente.

55 "Osvaldo Carvallosa c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", Fallos: 311: 1668.

56 Tawil, Guido, Omisión, guerra y Responsabilidad del Estado, LL, 1991-D-370/372; Muratorio, Jorge, Factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por actividad lícita, en Jornadas...,cit, p.80.

57 CSJN, "Revestek", citada en nota 25. En este fallo la Corte sostiene que es particularmente severa la aplicación de los principios del derecho administrativo que hacen a las consecuencias patrimoniales de la revocación por la Administración de un acto de alcance general y a la responsabilidad por actos estatales normativos.

C) La imputabilidad jurídica del daño al Estado.

El Estado es una persona jurídica pública y, como tal, los criterios de imputación a él referidos deben guardar correlación con esa naturaleza. En ese sentido, no es dudoso que, hoy en día, la atribución de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquél y no representantes ni mandatarios.

Desde esa perspectiva, la persona física que expresa la "voluntad" del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica, de modo que al actuar *por y para* la organización, en la cual se *incrusta*, permite que ésta, por su intermedio, *actúe ella misma* de modo directo ⁽⁵⁸⁾.

El órgano imputa, así, su actuación al Estado.

Cabe, entonces, preguntar ¿cuál es el límite de esa imputación? Ciertamente, no puede coincidir con el ejercicio regular de la competencia porque si así fuera todos los actos viciados en ésta no serían imputables. Como bien se ha señalado cabe estar, en este aspecto, a la *recognoscibilidad* exterior del acto ⁽⁵⁹⁾.

Por lo dicho, y en tanto ni los concesionarios, ni los licenciatarios de servicios públicos son órganos del Estado, coincido en este aspecto con Perrino en que los daños causados por éstos no se pueden, en principio, imputar al Estado ⁽⁶⁰⁾.

D) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

Este requisito aparece en la causa "Columbia" (citada en nota 25) e implica, a mi modo de ver, una confusión conceptual.

En efecto, si por daño entendemos al perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria —como lo define el Código Civil en el artículo 1068— no es dudoso que él no debe ser soportado por el particular tampoco en la responsabilidad por actividad ilícita; y, siendo así, no se comprende, entonces, por qué se enuncia esta circunstancia como elemento propio de la responsabilidad por actividad lícita.

Lo que sucede, en mi opinión, es que el concepto que debe ser aprehendido no es, en realidad, el del deber de soportar el daño —en el sentido antes indicado— sino, en todo caso, el de la obligación de soportar, o no, la *conducta dañosa*, es decir, el acto, omisión o hecho generador del perjuicio. No se debe confundir la *conducta* que origina el daño con el *daño* mismo ⁽⁶¹⁾.

Por ejemplo: el contratista no tiene la obligación de tolerar el *acto rescisorio* ilegítimo, motivo por el cual si éste se emite y lo daña debe ser indemnizado. Si tiene, en cambio, el deber de aceptar la *decisión revocatoria* por oportunidad, mérito o conveniencia porque no sería coherente que al ejercicio de una potestad no le correspondiera el deber público de admitir el acto que la instrumenta ⁽⁶²⁾, con arreglo a la indemnización que, en ese supuesto, garantiza la Constitución Nacional y reconoce la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

El expropiado se puede resistir al despojo estatal de su propiedad, pero no a la *ley expropiatoria válida* y, consecuentemente, a la entrega de la cosa motivo por el cual podría decirse —sin que esto importe, por supuesto, considerar a la expropiación como una compraventa forzosa— que, de algún modo, aquél tiene, como señala el artículo 1324, inciso 1, del Código Civil, la necesidad jurídica de "vender".

Por lo dicho, en el supuesto de la responsabilidad derivada de actuación ilícita debería consignarse como presupuesto comprendido en la antijuridicidad la inexistencia de soportar la conducta dañosa, mientras que en el caso de la responsabilidad por actividad lícita correspondería enunciar, por el contrario, la obligación de soportar aquella conducta.

E) El sacrificio especial

Este requisito que importa en realidad el verdadero factor de atribución gravitante en el caso, indica en su formulación que el daño para ser indemnizado debe ser sufrido por una persona en particular o un número determinado de ellas ⁽⁶³⁾.

58 García Trevijano Fos, José A, Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, 1957, ps. 72/76.

59 Escola, Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, Volumen I, p. 255, quien cita, en ese sentido, el caso "José María Ferrugia c./Pcia. De San Juan", Fallos: 163: 155.

60 Ferrino, Pablo, Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado, en Jornadas, cit. p. 61

61 De algún modo atisbé esta idea en Derecho Administrativo, cit. p. 436 cuando expresé que cuando el Estado responde por su actividad lícita el afectado está obligado a soportar la actividad lícita estatal, pero no los daños que ella ocasione.

62 Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1971, t. II, p. 244, nota 9.

63 Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, Buenos Aires, Tº IV, 1954, 217; Forsthoff, Ernest, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958, p. 451/452.

Entre nosotros su exigencia aparece, como lo puntualiza Marienhoff⁽⁶⁴⁾, en la mayor parte de la doctrina -resultando de la jurisprudencia de la Corte en los casos "Gratry", "Los Pinos", "Motoronce", "García", "Columbia", "Bs.As. Eximport" y "Azzetti"⁽⁶⁵⁾ y se vincula, en mi opinión, con la ubicación del fundamento de esta responsabilidad en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas, habida cuenta de que con la singularidad o particularidad del daño se comprometería esa igualdad si él no se generalizara a través de la indemnización.

Marienhoff ha sido en nuestro país quien siempre cuestionó este fundamento. Además de vincular la idea con sistemas constitucionales distintos del nuestro, señaló lo inaceptable, a su juicio, de no admitir la indemnización cuando el daño sea general, sin perjuicio de destacar que, en realidad, es casi imposible que una ley, por ejemplo, afecte en forma universal a todos los habitantes⁽⁶⁶⁾.

Desde mi punto de vista el recaudo en examen se debería referir a la razonabilidad ("Ledesma", considerando 17, citada en nota 25) del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad ("García", considerando 5, citada en nota 25).

A la luz de esta perspectiva la reparación no procedería cuando el perjuicio fuera consecuencia normal y necesaria de la actividad lícita desarrollada ("Román", citada en nota 25); por eso bien se dice que la "especialidad" del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio "de manera desigual y desproporcionada respecto del conjunto social"⁽⁶⁷⁾.

En definitiva, el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad. El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, no puede conducir, sin embargo, a garantizar la obtención de ventajas económicas conjeturales ni a la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales.⁽⁶⁸⁾

Claro está que la valoración de la existencia del sacrificio indemnizable se debe considerar predeterminada cuando la ley impone la indemnización excluyendo, en esos casos y en ese aspecto, la valoración judicial, como ocurre con la expropiación (artículos 10 y ss. de la Ley 21499) y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (Artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), sin perjuicio de los límites que la propia legislación impone.

De lo hasta ahora expuesto se desprende que, a mi juicio, *la responsabilidad del Estado por su actuación lícita exigiría la convergencia de cuatro recaudos: daño, causalidad, imputabilidad y obligación de soportar la conducta dañosa, debiendo valorarse como factor de atribución a la irrazonabilidad del perjuicio, valorada esta en relación con las exigencias de sacrificios igualitarios impuestos por la vida en comunidad y sin perjuicio de considerarlo predeterminado legalmente cuando exista una norma expresa que así lo imponga.*

XXVIII. LA CUESTIÓN DEL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN

Abordaré aquí en particular la debatida cuestión relativa a la procedencia de inquirir, o no, el lucro cesante en la indemnización cuando ésta es debida por el Estado a causa de su accionar lícito.

XXIX. LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA INDEMNIZACIÓN JUSTA, PERO DIFIERE SU DETERMINACIÓN AL LEGISLADOR

A mi juicio, cuando la Constitución contempla el derecho de propiedad, verdadero derecho natural que el Estado no crea sino que simplemente reconoce y garantiza, procura asegurar que, cuando él es afectado, el damnificado reciba una indemnización justa, pero difiere la determinación del contenido de ésta a la reglamentación legal.

Por tal motivo, compete al ámbito de la reglamentación legal, en su variado contenido público o privado, determinar el alcance de la reparación debida cuando el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado es violado, o, en su caso, sacrificado lícitamente.

64 Marienhoff, Tratado, op.cit, t.IV, p.678.

65 Causas citadas en la nota 25.

66 Marienhoff, Tratado, op.cit, t.IV, ps. 678 y ss. y 720.

67 Lima, Fernando Juan y Sama, Miguel Alberto, La responsabilidad del Estado por el accionar lícito: los requisitos para su procedencia, ED, 150:97.

68 "Manzi" (considerandos 10 "in fine" y 11 "in fine"), "Toll" (considerando 9) y "Columbia" (considerando 15), citadas en nota 25.

XXX. LOS ARTÍCULOS 14 Y 15 DE LA CONSTITUCIÓN Y 21, INCISO 2, DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

No es ocioso recordar, en este aspecto, que el artículo 14 de la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el goce de los derechos que enuncia, entre ellos el de usar y disponer de la propiedad, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio.

Y que el artículo 17, al consagrar la inviolabilidad de la propiedad, remite, en definitiva, su posible privación al fundamento que brinde la ley, a la cual también atribuye la calificación de utilidad pública de la expropiación, sin definir el contenido de la previa indemnización que requiere.

Por su lado, la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) determina en su artículo 21, inciso 2, que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

El *quantum*, pues, de la indemnización no se identifica en el plano constitucional, necesariamente, con la reparación integral, en el caso, con la inclusión del lucro cesante.

XXXI. LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Si la protección constitucional de la propiedad requiriera siempre y en todo caso la reparación integral del daño sería inconstitucional cualquier norma legal o interpretación doctrinaria—incluso civil— que limitara ese alcance en cualquier supuesto⁽⁶⁹⁾.

Sería, por ejemplo, en ese sentido inaceptable el artículo 1069 del Código Civil en tanto autoriza al Juez para que, en el caso de los actos ilícitos, atenúe la indemnización en atención a la situación patrimonial del deudor, excepto el caso de dolo.

Por eso, se impone aceptar que es razonable que en ciertos casos la reparación justa abarque, en lo que aquí interesa, tanto el daño emergente como el lucro cesante; y que en otros, en cambio, la tutela justa pueda quedar limitada.

XXXII. INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE UN RÉGIMEN ORGÁNICO EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN POR ACTIVIDAD LÍCITA

Ahora bien, en el derecho civil no existe una normativa que en forma expresa y sistemática regule el alcance de la indemnización en los excepcionales casos en que ella procede como derivación de la actividad lícita.

Y si se toma, por ejemplo, el caso del estado de necesidad, se puede decir que, más allá de los fundamentos expuestos para justificar la indemnización, hay un pensamiento uniforme en que ésta debe ser limitada y no plena⁽⁷⁰⁾.

XXXIII. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY DE EXPROPIACIONES COMO PARADIGMA

¿Cuál es la situación en el plano administrativo? ¿Existe alguna legislación específica sobre el tema?

La respuesta es positiva porque el instituto expropiatorio consagrado por la Constitución ha sido reglamentado legalmente y la expropiación es, sin duda, un paradigma conceptual de la actuación estatal lícita generadora de obligación indemnizatoria.

69 La propia doctrina civil señala objeciones a la presunta existencia de un principio de "reparación integral", pues si bien ello puede consistir en "una aspiración de máxima", "no siempre sucede que la totalidad del daño sea erigido con la indemnización consiguiente" dado que la víctima "debe soportar, en ocasiones, total o parcialmente, la carga de asumir el menestabo que implica el daño", en la obra colectiva *La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, op. cit. p. 273 con cita, en apoyo de lo transcrito, de Alterini, Atilio Anibal - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto, *Curso de obligaciones*, Bs.As., 1980, nro. 590 p. 285 y Alterini, Atilio A. *Responsabilidad Civil*, Bs. As., 1987, nro. 7 p. 20.

70 Compagnucci de Caso, Rubén, *Daños causados en estado de necesidad*, en *La Responsabilidad, Homenaje*, cit. p. 223. Remito, asimismo, a mi libro *Derecho Administrativo*, cit. p. 449/51.

La reglamentación legal de la expropiación y del concepto que le da fundamento - sacrificio de derechos patrimoniales por razones de bien común- está, así, destinada a tener en este aspecto, como enseñó Marienhoff, una fuerza expansiva suficiente como para considerar incluida en ella, genéricamente, todo supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita (71).

Y como es sabido la ley de expropiaciones actual, coherente con las anteriores (72) excluye de la indemnización el lucro cesante, como lo hacen, en general, todas las leyes provinciales de expropiación, excepto las de Río Negro y San Juan, como se informa en una tesina presentada para acceder a la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (73).

La aplicación de la ley de expropiaciones se objeta, sin embargo, desde dos ángulos.

Por un lado y en relación concretamente con la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia se ha expresado que aquella norma no puede ser extendida porque supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio. Lo dijo la mayoría de la Corte Suprema al resolver respecto de una revocación de aquella índole, de un contrato administrativo (74).

Este argumento parece suponer que, en razón de la garantía formal implicada en la ley, sólo con fundamento directo, inmediato y específico en ésta se puede revocar por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia un acto o contrato administrativo. Y ya Marienhoff señaló que de la Constitución y de la interpretación que de ella ha hecho la Corte únicamente se desprende de la exigencia de que tal clase de sacrificios no se disponga graciosamente y sin responsabilidad para el Estado (75).

Por otro, se afirma que la aplicación del principio que surge de la ley de expropiaciones, importa limitar, por analogía, la protección del derecho constitucional a la reparación integral entendida ésta como reparación comprensiva, *siempre y en todo caso, de todo el daño* (76).

Pero esta posición implica, a su vez, partir de una afirmación, a mi juicio, indemostrada: el otorgamiento de ese derecho en el plano constitucional. Demostración que, de darse, implicaría atribuir a la Constitución el reconocimiento de un derecho absoluto y, por tanto, el acogimiento de una concepción antisocial como calificó la Corte a los derechos así concebidos (77).

La determinación del contenido indemnizatorio compete, pues, al legislador. Y éste lo ha hecho en la ley de expropiaciones. Y ya vimos que en el Código Civil no existe norma alguna que regule la situación del daño lícito provocado por el Estado. Es más, considero que de aplicarse aquel Código se debería excluir la indemnización habida cuenta de que, en él, el ejercicio regular de los derechos no genera obligación reparatoria. O, en todo caso, también en su ámbito la reparación debería ser limitada.

- 71 Además de ocuparse de la denominada fuerza expansiva de la noción jurídica de la expropiación en su Tratado de Derecho Administrativo, T. IV, 5ta. de. act., Bs. As., 1992, p. 123; T I, 4ta. edic. act., Bs. As., 1993, p. 634 y ss; T III-A, 4ta. de. act., Bs. As., 1994, p. 560, dedicó varios artículos a la cuestión específica que hoy nos ocupa. En tal sentido, pueden citarse los siguientes estudios: "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", E.D., 114-949; Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de "medio" o de "resultado", E.D., 157-749; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", L.L. 1993-E, 912. El prof. Marienhoff complementó, luego de su formulación inicial, la teoría de la expansión de la noción jurídica de la expropiación, remitiendo, para arribar a idénticas conclusiones, "a las referencias generales a la *justicia distributiva*, dentro de cuyo ámbito queda también comprendido lo que la ley nacional de expropiación dispone respecto al alcance de la indemnización", Marienhoff, Miguel, Nuevamente acerca del lucro cesante...op.cit.
- 72 Como recuerda Marienhoff, la originaria ley sobre la materia (ley 189 del año 1866) establecía que, a los efectos indemnizatorios "no se considerarán las ventajas o ganancias hipotéticas" (art. 16). La ley 13.264, antecedente inmediato de la ley 21.499, disponía, en su art. 11, que "no se pagará el lucro cesante", Marienhoff, Miguel, Nuevamente acerca del lucro cesante...op.cit.
- 73 Sólo las provincias de Río Negro y San Juan harían excepción al criterio general de excluir el lucro cesante. Pereyra, Rubén A., "Alcance de la indemnización en la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", tesina inédita presentada para optar al título de Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Bs. As., 1994, p. 51.
- 74 CSJN, 20/09/84, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A c/Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 306:1409, (considerando 8, del voto mayoritario).
- 75 Marienhoff, Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, LL, 1980-B- sección doctrina, especialmente punto V.
- 76 Barra, Rodolfo C, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, 122:589. Afirma Bianchi que el lucro cesante está incorporado al patrimonio del acreedor y goza de la protección que el artículo 17 brinda al derecho de propiedad con la misma fuerza que el daño emergente. Como tal, sostiene, no reconocerlo supone una limitación que en todo caso puede admitirse sólo en forma excepcional. Por eso, a su juicio, limitar la indemnización al daño emergente porque la expropiación lo imponga implica contraria la regla de hermenéutica jurídica que prohíbe aplicar en forma extensiva o analógica los institutos limitativos de derechos como aquella (Responsabilidad...cit, ps.170/171).
- 77 CSJN, 28/4/22, "Ercolano, Agustín c/Lanteri Renshaw, Julieta", Fallos 136:161; 27/06/62, "Partido Obrero-Capital Federal", Fallos 253:133; 15/10/62, "Font, Jaime y otros c/Estancias y Carnicerías Galli", Fallos 254:56; 26/06/74, "Brunella vda de Weiser, Edda L. c/Fisco Nacional (DGI)", Fallos: 289:67.

XXXIV. EL CONCEPTO LEGAL EXPROPIATORIO: NUTIRENTE DEL SISTEMA LEGAL

El derecho público positivo se nutrió, a la hora de determinar los alcances de la indemnización debida por el Estado a causa de su actividad estatal lícita dañosa, de la fuerza expansiva del criterio fijado por la ley de expropiaciones.

Así, el artículo 5 de la ley 12.910 dispuso, en su momento, que, en caso de paralización de obras, es procedente la rescisión de los contratos sin aplicación de penalidades no correspondiendo, en esa situación, reconocer al contratista ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la parte de la obra que se deja de ejecutar.

La ley 13064 de Obras Públicas, por su lado, determina que la alteración del proyecto a causa de la reducción de los costos o de los trabajos contratados (art. 30) o la supresión total del un ítem del contrato por parte del Estado (art. 38, *in fine*), no genera indemnización por los beneficios dejados de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada.

En su momento el Reglamento de Contrataciones del Estado (aprobado por el Decreto 5720/72) estableció en el inc. 88) -reglamentario del art. 61 de la derogada Ley de Contabilidad- que cuando el Estado rescindiera un contrato por una causa justificada, no prevista en el reglamento el adjudicatario tendría derecho a que se le reconozcan los gastos directos e improductivos en que probare haber incurrido con posterioridad a la adjudicación y con motivo del contrato, pero no se haría lugar a reclamación alguna por lucro cesante o por intereses de capitales requeridos para la financiación.

En la muy interesante sentencia de primera instancia dictada en el mencionado caso "Sanchez Granel", el juez, el siempre recordado Juan Ramón de Estrada, al rechazar la procedencia del lucro cesante, dijo "La aplicación analógica de esta norma -el inc. 88 del dec 5720/72- al caso es indudable, ya que está referida genéricamente a los principales contratos que celebra el Estado. En efecto, se trata de la reglamentación al capítulo sobre contrataciones de la ley de contabilidad, aplicable a las compras, ventas, arrendamientos, locaciones y suministros que realice el Estado" (78).

Actualmente sigue igual criterio el Decreto delegado 1023/01(79) al preceptuar en su artículo 12, inciso a), último párrafo, que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.

También la Ley 16.970, de Defensa Nacional, consignó, en su momento, al regular requisiciones militares, la improcedencia del pago del lucro cesante (art. 37, *in fine*) y actualmente la ley 23.554, que sustituyó a aquella, reproduce igual principio (art. 35).

Asimismo, ley de emergencia 25.344(80) establece en su artículo 26 que cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicio, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos." Y, siguiendo esta misma línea, la ley 25.453(81) -denominada de *déficit cero*- en su artículo 11 determina que los contratos de ejecución afectados por las reducciones dispuestas en el artículo 34 de la ley 24.156 podrán revocarse por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en el caso de que los contratistas o proveedores no acepten la reducción de la contraprestación a cargo del sector público nacional, siendo de aplicación, en ese caso, lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 25.344.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, no es posible afirmar que de ella se derive una conclusión clara e inequívoca. Se puede, sí, sostener la existencia de una tendencia a reconocer la indemnización amplia cuando se trata de actividad contractual(82), siendo oscilante la situación en los casos de actividad unilateral pues mientras en algunos casos se ha fijado un temperamento restringido(83) en otros se ha admitido una reparación amplia(84).

78 "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.",

79 Decreto 1023/01, del 13/08/001; publ. 16/08/001, en L.A. 1era. entrega, septiembre 2001, nro. 785, p. 9 y ss

80 Ley de emergencia económica, 25.344, sanc. 19/10/00, promul. 14/11/00; publ., 21/11/00; L.A 2000-D-4482

81 Ley 25.453, sanc. 30/07/01, promul. 30/07/001; publ., 31/07/001; L.A., 2a. entrega, agosto 2001, nro. 783, p. 4 y s.s.

82 CSJN, 20/09/84, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.", cit., Fallos: 306:1409.

83 22/12/75, "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; 15/05/79, "Cantón, Mario E. c/Gobierno Nacional", Fallos: 301: 403; 9/05/89, "Motor Once S.A. c/Municipalidad de Bs.As.", Fallos 312:659.

84 23/11/89, "Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.", Fallos 312: 2022; 16/06/93, "Cachau, Oscar J c/Buenos Aires, Pcia.", Fallos 316:1336; 16/06/93, "Prada, Iván Roberto c/Buenos Aires, pcia.", fallos 316:1465; 16/6/1993 "Estancias Marré SALAF e Y c. Provincia de Córdoba, La Pampa y Buenos Aires", Fallos: 316: 1428.

El proyecto de Código Civil Unificado con el Código Comercial de 1998, por su parte, limita, en principio, la responsabilidad del Estado por actos lícitos, a la indemnización del daño emergente pero al habilitar la posibilidad de compensar el valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables en su giro, en los casos en que se afecte la continuidad de una actividad, abre una alternativa resarcitoria del lucro cesante de consecuencias imprevisibles⁽⁸⁵⁾.

Son muchas las cuestiones que plantea el tema en estudio. Y, como todo el contenido del Derecho Administrativo, exige una elaboración muy cuidadosa en la búsqueda del equilibrio, lo cual supone, en el caso, no atribuir al Estado tanta responsabilidad como para agotarlo o inhibirlo en la gestión del interés público, ni tan poca como para expoliar al particular bajo la apariencia del interés público.

85 Salomoni, La responsabilidad...cit, en Jornadas...cit, ps.438 y 439.