

HORACIO ROSATTI

Director

LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Análisis crítico y exegetico

AUTORES

ALBERTO B. BIANCHI	EDUARDO MERTEHIKIAN
MARÍA ROSA CILURZO	JORGE MOSSET ITURRASPE
ENRIQUE M. FALCÓN	CARLOS A. PARELLADA
JORGE MARIO GALDÓS	PABLO ESTEBAN PERRINO
JUAN M. GONZÁLEZ MORAS	HORACIO ROSATTI
TOMÁS HUTCHINSON	JORGE A. SÁENZ

**FUERA DE
COMERCIO**

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

Ley 26.944 de responsabilidad del estado, análisis crítico y exegético / Horacio Daniel Rosatti ... [et.al.] ; dirigido por Horacio Daniel Rosatti - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2014.
656 p. ; 23 x 16 cm
ISBN 978-987-30-0523-7
1. Derecho Constitucional. I. Rosatti, Horacio Daniel
II. Rosatti, Horacio Daniel, dir.
CDD 342

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	9
---------------	---

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 26.944

<i>Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina</i> , por HORACIO ROSATTI.....	13
<i>Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado</i> , por CARLOS A. PARELLADA	39
<i>La responsabilidad del estado por falta de servicio</i> , por JUAN M. GONZÁLEZ MORAS	73
<i>El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima</i> , por MARÍA ROSA CILURZO.....	141
<i>La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (Acerca del artículo 6° de la ley 26.944)</i> , por EDUARDO MERTEHIKIAN	167
<i>La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)</i> , por ALBERTO B. BIANCHI	195
<i>Criterios acerca de la responsabilidad del Estado</i> , por JORGE MOSSET ITURRASPE.....	207

<i>La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos, por PABLO ESTEBAN PERRINO</i>	249
<i>La responsabilidad de los funcionarios públicos, por TOMÁS HUTCHINSON</i>	277
<i>La sanción pecuniaria disuasiva en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, por JORGE MARIO GALDÓS (con la colaboración de GUSTAVO H. BLANCO).....</i>	323
<i>Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad "contractual") en el Derecho Administrativo argentino, por JORGE A. SÁENZ.....</i>	395
<i>La responsabilidad del Estado y la cuestión procesal, por ENRIQUE M. FALCÓN</i>	459
<i>El cumplimiento de las sentencias de condena contra el Estado frente al silencio de la ley 26.944, por HORACIO ROSATTI.....</i>	477

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA LEY 26.944

por HORACIO ROSATTI

(con la colaboración de GISELA ZINGARETTI)

<i>Introducción – Sobre la técnica legislativa de la ley 26.944</i>	493
<i>Responsabilidad estatal – Ley 26.944</i>	497
<i>ÍNDICE SUMARIO</i>	637

del
la

ada
to,
tis-

es-

LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA EN LA LEY 26.944 DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS Y AGENTES PÚBLICOS

por PABLO ESTEBAN PERRINO

SUMARIO: I. El debate doctrinario acerca del alcance de la indemnización en la responsabilidad estatal por actuación legítima. II. Las diferentes líneas jurisprudenciales adoptadas por la Corte Suprema de Justicia acerca de la responsabilidad estatal lícita y el resarcimiento del lucro cesante. III. El alcance de la indemnización en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. 1. Daño patrimonial. 2. Valor objetivo del bien. 3. Daño moral. 4. Daño futuro. 5. Lucro cesante.

I. El debate doctrinario acerca del alcance de la indemnización en la responsabilidad estatal por actuación legítima

Uno de los aspectos de la responsabilidad estatal que ha despertado un arduo debate en nuestra doctrina, como así también ha dado lugar a pronunciamientos judiciales encontrados y que ahora ha sido motivo de expresa regulación en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos sancionada por el Congreso nacional el 2 de julio de 2014, ley 26.944, ha sido el del alcance de la indemnización en los casos en los que el deber de resarcir deriva de una actuación estatal conforme a derecho.

Como lo hemos explicado en otra ocasión¹, la inexistencia durante

¹ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante*, en Supl. J. A. del 11-11-2009, y *El alcance de la indemnización en*

largo tiempo en el ámbito nacional de regulaciones que determinen la extensión de la indemnización en los supuestos en los que el Estado produce daños mediante comportamientos legítimos dio lugar a dos tesis antagónicas.

Una de ellas, de carácter restrictiva, que postula que la responsabilidad por actividad legítima del Estado se debe acotar al pago del daño emergente. Quienes se enrolan en esta posición² consideran que

los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 239 y ss.

² Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 134 y ss.; *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, en E. D. 114-949; *Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*; HUTCHINSON, Tomás, *La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público*, en AA. VV., *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 535 y ss.; COMADIRA, Julio R., *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado*, en E. D., Supl. de Der. Adm., serie especial del 31-10-2002; *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*, en *Documentación Administrativa*, INAP, Madrid, N° 237-238, ps. 297 y ss.; *Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación*, en AA. VV., *Derecho Administrativo, en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, dir. por Juan Carlos Cassagne, ps. 461 y ss.; *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 358/381, 38/416; *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el Derecho Público*, en AA. VV., *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado*, RAP, N° 326, p. 559; Cassagne, si bien postula la aplicación del art. 10 de la Ley de Expropiaciones para definir la extensión de la indemnización en los supuestos de responsabilidad estatal por actuación legítima en el campo extracontractual, considera que el concepto de *valor objetivo del bien* comprende también la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias o utilidades futuras, cuya probabilidad de realización esté asegurada conforme al curso ordinario y natural de las cosas, porque de excluirse se consumaría un verdadero despojo, por hallarse en juego la privación absoluta del derecho de propiedad y el principio de igualdad ante las cargas públicas (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 460 y CASSAGNE, Juan Carlos; LUQUI, Roberto Enrique y PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado*, en L. L. 2011-C-1279). En cambio, rechaza la aplicación del mencionado art. 10 del régimen expropiatorio al ámbito de la responsabilidad contractual del Estado, suscitada por la extinción anticipada de un contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, supuesto en el cual postula

la Constitución Nacional no contiene ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento y que ante la falta de una normativa que contemple esta problemática cabe aplicar, por vía analógica, los principios establecidos en la legislación expropiatoria, los que excluyen en ese supuesto el pago del lucro cesante³. Los partidarios de esta postura parten de la base de que tanto en la expropiación, como en los casos de perjuicios causados por la actividad válida del Estado existe un comportamiento estatal legítimo que produce el sacrificio de derechos de particulares en aras del interés general. Y como en ambos supuestos el perjuicio es el resultado del ejercicio válido de una potestad ablatoria, ante el vacío normativo existente en la materia, concluyen que debe aplicarse por vía analógica la solución consagrada en la legislación expropiatoria que margina la indemnización del lucro cesante⁴.

La otra posición afirma que en estos casos corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante⁵ cuyo

que la indemnización debe ser comprensiva del daño emergente y del lucro cesante (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 158/160).

³ El art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, dispone: "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".

⁴ A partir del año 2000 el criterio restrictivo fue receptado en diversas normas que excluyen la indemnización del lucro cesante en supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público (art. 96 del Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional, aprobado por el decreto 436/2000, art. 12, inc. b, último párrafo, del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional previsto en el decreto 1023/2001, art. 26 de la Ley de Emergencia Económica Financiera 25.344, art. 11 de la Ley de Déficit Cero 25.453 y art. 121 del decreto 893/12, reglamentario del decreto 1023/2001).

⁵ BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 502/503; TAWIL, Guido Santiago, *El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, en obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 239 y ss.; BARRA, Rodolfo C., *Responsabilidad del Estado por revocación*

contenido se encuentra amparado por el derecho de propiedad que la Constitución Nacional garantiza (arts. 14 y 17). Quienes participan de esta postura entienden que la falta de un texto legal expreso que establezca el alcance del *quantum* resarcitorio no autoriza a efectuar una aplicación extensiva por vía analógica del precepto de la Ley de Expropiaciones que margina la reparación del lucro cesante porque existe una regla interpretativa, consagrada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que prohíbe aplicar en forma extensiva las soluciones normativas que restringen o limitan derechos⁶. Asimismo, afirman que más allá de los puntos en común que existen entre la expropiación y los supuestos de perjuicios causados por la actividad lícita estatal median importantes diferencias. Así, la primera está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención

unilateral de sus actos y contratos, en E. D. 122-861; BIANCHI, Alberto B., *Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado*, en E. D. 111-550, y *Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa*, en *Revista de Administración Pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, p. 9; FONROUGE, Máximo, *La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad*, en AA. VV., *Contratos administrativos* cit., p. 554; PRITZ, Osvaldo Ángel F., *El rescate*, en AA. VV., *Contratos administrativos* cit., ps. 243 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., *Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos*, en AA. VV., *Servicio público y Policía*, dir. por Juan Carlos Cassagne, ps. 187 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., *Contratos de la Administración provincial*, Scotti, La Plata, 1996, p. 92; BUIJ MONTERO, Mónica, *Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación unilateral*, en AA. VV., *Contratos administrativos*, dir. por Ismael Farrando, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 551 y ss.; CAMPOLIETI, Federico, *La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad lícita*, en RDA 2012-83-1329; PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Buenos Aires, 2013, t. 2, ps. 453 y ss.; GALLI BASUALDO, Martín, *El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima*, en L. L. 2014-B-672; PERRINO, Pablo E., *El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público*, en AA. VV., *La contratación pública*, dir. por Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 1119 y ss.; *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante* cit., y *El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita* cit., ps. 239 y ss.

⁶ Fallos: 312:2266; 316:1335 y 1465; 320:2551; 327:247.

previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad de pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación⁷, etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcto asimilar sus consecuencias jurídicas. Lo contrario importaría admitir, en la práctica, la expropiación por la sola actuación de la Administración, soslayándose las garantías consagradas por la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

II. Las diferentes líneas jurisprudenciales adoptadas por la Corte Suprema de Justicia acerca de la responsabilidad estatal lícita y el resarcimiento del lucro cesante

La cuestión en examen también fue abordada en numerosas ocasiones por la Corte Suprema de la Nación. El estudio de sus pronunciamientos revela la existencia de dos posturas antagónicas en relación a los daños que el Estado debe reparar en el ámbito extracontractual.

En efecto, en un número relevante de asuntos, el alto tribunal dispuso la aplicación analógica de las disposiciones de la Ley de Expropiaciones, razón por la cual al determinar la extensión del resarcimiento descartó el pago del lucro cesante. El primer caso en el que se plasmó este criterio fue "Laplacette, Juan y otros c/Provincia de Buenos Aires", resuelto el 26 de febrero de 1943⁸, originado a raíz del reclamo de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de inundaciones de un campo causadas por obras realizadas por la Provincia de Buenos Aires. La Corte nacional recurrió a la aplicación por analogía de la Ley de Expropiaciones para fijar el alcance de la indemnización, limitándola al daño emergente.

Tal postura fue receptada en el año 1975 al fallar la causa "Corporación Inversora Los Pinos SA c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (sentencia del 22-12-75)⁹. En este caso, el superior tribunal entendió que la indemnización por la revocación de un permiso

⁷ Fallos: 318:445.

⁸ Fallos: 195:66.

⁹ Fallos: 293:617.

de habilitación de un inmueble para funcionar como hotel alojamiento se circunscribía al daño emergente, consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que la habilitación sería mantenida. Excluyó en cambio el reconocimiento de las ganancias frustradas.

El criterio fue reiterado en el año 1979 en la sentencia pronunciada en el caso "Cantón, Mario Elbio c/Nación"¹⁰, fallado el 15 de junio de 1979. En esa oportunidad, se reclamó al Estado nacional el resarcimiento de los perjuicios irrogados por un decreto que había prohibido la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, afectando un contrato de crédito documentado, concluido y pagado y una operación de compraventa internacional. La Corte para fijar la indemnización aplicó por analogía el artículo 10 de la ley 21.499 y sólo reconoció la reparación del daño emergente.

La cuestión fue nuevamente examinada por el máximo tribunal de la República en 1989 al resolver la causa "Motor Once SACI c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", el 9 de mayo de 1989¹¹. El pleito se había suscitado a raíz del dictado de una disposición municipal que, por razones de seguridad, prohibía el expendio de combustibles en estaciones de servicio que estuvieran instaladas en inmuebles en cuyos pisos superiores existieran unidades destinadas a la vivienda. En dicha situación se encontraba el establecimiento de la demandante, la cual se encontraba impedida de continuar con la venta de combustibles. En el dictamen de la procuradora fiscal, doctora María Graciela Reiriz¹² —al cual adhirió la mayoría de la Corte, con la disidencia del doctor Petracchi¹³— se concluyó que debía acudir por vía

¹⁰ Fallos: 301:403.

¹¹ Fallos: 312:649; L. L. 1989-D-25, con nota de Macarel.

¹² Dictamen del 4-10-88.

¹³ En el voto disidente del Dr. Petracchi se sostuvo que "el principio de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originen perjuicios a particulares (Fallos: 286:333 y 297:252), el que se traduce en el derecho a una indemnización plena que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable, aunque pudiera encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en un contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular; excepciones éstas que no están presentes en el *sub examine*". Seguidamente y en forma contraria a lo ex-

de la analogía a la solución establecida en el régimen expropiatorio que descarta la indemnización del lucro cesante (art. 10 de la ley 21.499). Para así concluir, se sostuvo que no era aplicable al caso el criterio que la Corte había sentado en el año 1984 en la causa "Sánchez Granel"¹⁴ —en la cual se había receptado la tesis de la reparación integral— pues en dicha ocasión, la cuestión jurídica controvertida tenía "un marco legal definido —ley de obras públicas y previsiones conexas—, dentro del cual debía ser construida la solución".

Además se puntualizó que en la causa "Eduardo Sánchez Granel" —originada por la extinción por razones de oportunidad de un contrato de obra pública— estaba de por medio "un sacrificio patrimonial que la Administración decidió, en el curso de una relación especial de origen convencional, autorizada por el plexo normativo del contrato, según relaciones singulares anteriormente constituidas y que se liquidan en el seno de las mismas". En cambio, en el supuesto ahora examinado, la medida adoptada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que había originado la demanda indemnizatoria, "consiste en un acto imperativo" producido "en el ámbito de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad".

Sobre esa base, se puso de resalto que no existían normas jurídicas que establecieran para supuestos como el que era motivo de estudio, los rubros a indemnizar. Así se destacó que el artículo 18 del decreto-ley 19.549, aplicable a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en virtud de lo dispuesto por la ley 20.681, se limita a establecer en los casos de revocación de actos administrativos por razones de oportu-

presado en el dictamen de la Procuración compartido por la mayoría de la Corte se expresó: "...ha quedado claro en el precedente de *Fallos*: 306:1409, que el art. 18 de la ley 19.549 (aplicable en la especie según lo decidido a fs. 919 vta., consid. 14, sentencia de esta Corte) aunque no aclara cuáles son los alcances de la 'indemnización de perjuicios', funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición, porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad. Tampoco cabe, admitir las argumentaciones relativas a la extensión analógica de la Ley de Expropiaciones, fundamentalmente porque la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio, supuesto ajeno a la especie (cfr. consid. 7º, *in fine* y 8º, causa 'Sánchez Granel')".

¹⁴ *Fallos*: 306:1409.

tunidad, el deber de indemnizar los perjuicios que se causen a los administrados pero sin precisar el alcance del resarcimiento.

Así las cosas, se consideró que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal debía recurrirse a los principios de leyes análogas (art. 16 del Cód. Civ.) lo cual conduce a la solución consagrada en la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, pues es la que guarda mayor analogía con el caso en examen, toda vez que se refiere a las "intromisiones estatales autorizadas" por razones de interés público, que es el ámbito propio en el que se desenvuelven la expropiación y la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Finalmente, se advirtió que los supuestos de responsabilidad estatal lícita sólo podían regirse por el Derecho Público pues las normas regulatorias de la responsabilidad de Derecho común persiguen la composición de conflictos entre intereses privados, en los que está ausente el interés público.

La Corte nacional reiteró el criterio sentado en "Motor Once" muy poco tiempo después, el 13 de junio de 1989, en los autos "Petrucelli, Fidel Primo y otra c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"¹⁵, originados por la demanda deducida contra el municipio metropolitano por los daños y perjuicios irrogados por la expropiación desistida de un inmueble de propiedad de la parte actora en el cual se había proyectado la construcción de un edificio de ocho pisos. La demandante alegó que el hecho de haber sido afectado el inmueble a expropiación tuvo como consecuencia impedir la aprobación de los planos presentados y que al desafectarse, tampoco se pudo concretar la obra proyectada pues las nuevas normas urbanísticas habían reducido sensiblemente la capacidad edificatoria.

En el dictamen de la procuradora fiscal, doctora María Graciela Reiriz, al que se remitió la Corte Suprema de Justicia, se consideró que mediaba una gran similitud entre los hechos que había dado lugar al fallo emitido en la citada causa "Motor Once" y los que ahora motivaban nuevamente su intervención. Por tal motivo, reiteró los conceptos vertidos en el dictamen emitido *in re* "Motor Once" acerca de

¹⁵ Fallos: 312:956.

la improcedencia del resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad lícita del Estado en virtud de la aplicación analógica de la solución prevista en la legislación expropiatoria.

Ahora bien, no obstante el criterio adoptado en Motor Once, en otros casos en los que también se suscitó el deber del Estado de reparar los daños ocasionados por comportamientos legítimos en el ámbito extracontractual, el alto tribunal reconoció, sin debate alguno, indemnizar el pago del lucro cesante en concordancia con la postura plasmada en los supuestos de daños causados por comportamientos válidos en el ámbito contractual. Así ocurrió en numerosas causas en las que se reclamó el pago de los daños y perjuicios sufridos por propietarios de inmuebles que fueron ocupados por aguas derivadas por obras públicas llevadas a cabo para controlar inundaciones que amenazaban centros urbanos¹⁶, en las cuales se dispuso que la indemnización fijada comprendía tanto el daño emergente como el lucro cesante, calculándose este último sobre la base de estimaciones de productividad.

Por su parte, en materia contractual el tema atinente al alcance de la reparación cuando se extingue un contrato en virtud de una decisión estatal legítima, fundada en razones de interés público, fue objeto de examen por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en pocas ocasiones. En todas ellas consideró como principio que el lucro cesante era indemnizable.

El primero de esa serie de fallos se dictó el 20 de septiembre de 1973 en la causa "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c/Empresa Ferrocarriles Argentinos" (Fallos: 286:333). Allí el alto tribunal con sustento en lo dispuesto en el artículo 1638 del Código Civil, según el cual si el dueño de la obra desiste de su ejecución por su sola voluntad corresponde indemnizar todos los gastos al locador incluida "la utilidad que pudiera obtener por el contrato", reconoció la procedencia de la reparación del "lucro cesante" bajo la denominación "utilidad frustrada indemnizable".

El máximo tribunal se vio obligado a volver a examinar la cuestión al decidir el 20 de septiembre de 1984 el conocido caso "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería Sacifi c/Dirección Nacional de

¹⁶ Fallos: 312:2266; 316:1335 y 1465; 320:2551; 327:247.

Vialidad”¹⁷. La situación allí planteada se había originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte –si bien por mayoría– admitió la reparación del lucro cesante.

La decisión se sustentó, en sustancial síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El principio de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se traduce en el derecho a una “indemnización plena” por parte del damnificado;
- b) la ley de obras públicas 13.064 no contiene normas que limiten en el caso la reparación del lucro cesante;
- c) el artículo 18 del decreto-ley 19.549 al no determinar el alcance de la indemnización, funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición, pues el principio jurídico que rige toda indemnización es el de su integridad;
- d) no corresponde para determinar la indemnización, aplicar análogamente la Ley de Expropiaciones porque ese instituto “supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio”.

La problemática que suscita la extensión del resarcimiento en los supuestos de responsabilidad estatal lícita fue abordada por la Corte Suprema de Justicia en su actual integración en tres pronunciamientos que definen claramente su posición favorable, como principio, al reconocimiento del resarcimiento del lucro cesante en tales casos.

El primero de ellos se emitió en la causa “El Jacarandá SA c/Estado Nacional”¹⁸ el 28 de julio de 2005, cuyo origen se remonta a la decisión del Poder Ejecutivo nacional de dejar sin efecto la adjudicación a “El Jacarandá SA” de la licencia para explotar la frecuencia correspondiente a LT 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas,

¹⁷ Fallos: 306:1409.

¹⁸ Fallos: 328:2654.

generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a dicha empresa conforme a las previsiones del artículo 18 del decreto-ley 19.549.

El alto tribunal, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar “que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación”, afirmó en forma breve pero contundente y con cita del fallo recaído *in re* “Eduardo Sánchez Granel”, que “no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (*Fallos*: 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)”.

Lo llamativo del pronunciamiento es que seguidamente, al examinar el material probatorio obrante en la causa, la Corte concluyó que como el demandante no acreditó los daños por los que reclamaba, debía rechazarse la pretensión. Textualmente el alto tribunal afirmó: “no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la cámara sobre el punto”.

Evidentemente, esta sola circunstancia bastaba para rechazar el recurso ordinario de apelación sin necesidad de tener que pronunciarse sobre una cuestión que tanto debate ha suscitado en nuestro país. Sin embargo, la mayoría de la Corte, con buen criterio, optó por el camino contrario y sentó su doctrina al respecto.

En una medulosa disidencia, la doctora Higton de Nolasco sostuvo que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir por vía analógica a las soluciones de la Ley Nacional de Expropiaciones, la cual en su artículo 10 excluye la indemnización del lucro cesante. Asimismo, destacó que dicho criterio también ha sido receptado en un vasto conjunto de normas de Derecho Público, tales como las leyes 12.910 (art. 5°), 13.064 (arts. 30, 38 y 54, inc. f), 23.554 (art. 35); el derogado decreto

5720/72 (inc. 88), decretos 436/2000 (art. 96), 1023/2001 (art. 12, inc. d) y las leyes 25.344 (14) (art. 26) y 25.453 (art. 11)¹⁹.

El criterio expuesto en la causa “El Jacarandá SA c/Estado Nacional” fue reiterado cuatro años más tarde, el 9 de junio de 2009, en los autos “Zonas Francas Santa Cruz SA c/Estado Nacional –PEN–.

¹⁹ A su entender la analogía mencionada debía fundarse en principios de Derecho Público porque “la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de Derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados”. Más adelante expresó: “A diferencia del Derecho Privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el Derecho Público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva”, y que “la diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad presentada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución”.

Respecto al argumento empleado por la mayoría del alto tribunal en el caso “Eduardo Sánchez Granel” consistente en que el instituto de la expropiación supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso, por lo que no corresponde su aplicación analógica a casos como el allí examinado, se adujo que “admitida la facultad de la Administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley. No se advierte una diferencia sustancial entre una actividad lícita del Estado basada en ley y una basada en normas de inferior jerarquía, en un todo de acuerdo con la relación de que se trate”.

Por último, expresó que “aun de considerarse por vía de hipótesis, aplicables las disposiciones del Derecho Civil a supuestos de responsabilidad propios del Derecho Público –tal la derivada del obrar estatal ilícito– tampoco se podría reconocer la indemnización integral a favor del administrado”, pues “la actuación lícita del Estado que causa daños constituiría, dentro de este ámbito del Derecho Privado, un supuesto de ejercicio regular de los derechos (conf. art. 1071, Cód. Civ.)”, el cual no genera responsabilidad. Además, si “en el ámbito de la ilicitud existen diferencias –en cuanto a las consecuencias resarcibles– entre los delitos y los cuasidelitos (arts. 903, 904 y 905, Cód. Civ.), resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático”.

Dec. 1583/96 s/Daños y perjuicios”²⁰. En este caso, el reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del decreto del Poder Ejecutivo nacional 1583/96 por el cual se había derogado el decreto 520/95 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la Provincia de Santa Cruz.

Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del decreto 1583/96 alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia.

A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz SA demandó al Estado nacional a fin de que se lo condenara a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto 1583/96, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

Tanto en primera como en segunda instancia se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos nacidos al amparo de la normativa que había sido válidamente derogada, razón por la cual se condenó al Estado nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses.

Al conocer la Corte del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado nacional contra la sentencia de la Alzada, la mayoría del tribunal, con la disidencia de la doctora Highton de Nolasco, resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y fijar la indemnización

²⁰ Fallos: 328:2654.

en una suma significativamente menor a la establecida por la Cámara. El alto tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento establecido en el citado caso “El Jacarandá”, rechazó en el caso su reparación por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto.

La doctora Highton de Nolasco, en cambio, rechazó este rubro por entenderlo improcedente en atención a los fundamentos y conclusiones desarrollados en su voto disidente en la causa “El Jacarandá SA c/Estado Nacional”.

A su vez, en la causa “Malma Trading SRL c/Estado Nacional. Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/Proceso de conocimiento”, fallada el 15 de mayo de 2014²¹, la Corte Suprema de Justicia si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituirían un sacrificio desigual que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita²².

Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado nacional (Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) con el fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto

²¹ L. L. 2014-C-263 y E. D. A. del 27-6-2014, p. 18.

²² En el considerando 14, la Dra. Highton de Nolasco reiteró su criterio desarrollado en su voto en la causa “El Jacarandá” (Fallos: 328:2654) de rechazar la reparación del lucro cesante en la órbita de la responsabilidad estatal por su actuación legítima.

de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y consideró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado *in totum* la pretensión de la actora²³.

Como puede apreciarse en los fallos mencionados, el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia en su actual integración, postula claramente que el alcance de la reparación en los supuestos de perjuicios causados por actuaciones estatales lícitas comprende también el lucro cesante. Pero, claro está, siempre y cuando el mismo sea demostrado en forma fehaciente.

III. El alcance de la indemnización en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos

Probablemente, uno de los mayores déficits que presenta la ley 26.944 radica en la forma en que se regula la responsabilidad por la actuación estatal legítima (arts. 4° y 5°), pues se la califica injustificadamente de excepcional²⁴ y se acota irrazonablemente su procedencia²⁵ y los rubros indemnizables.

²³ Según se desprende de la sentencia de la Corte Suprema, la cámara desestimó la pretensión indemnizatoria porque consideró que la actora no había acreditado —a la hora de fundar la responsabilidad del Estado por su actividad lícita— la ausencia del deber jurídico de soportar el daño que alegaba, ni la existencia de un perjuicio individualizado del que hubiesen estado eximidas las restantes empresas importadoras que operaban al momento de dictarse la resolución del Ministerio de Economía que le habría provocado los perjuicios.

²⁴ Si como afirma la Corte Suprema, lo natural y lógico en un Estado de Derecho es que el Estado se haga cargo de los perjuicios que produce aunque lo haga inspirado en propósitos de interés colectivo (*Fallos*: 325:1855; 326:847; 328:2654, entre otros), no es razonable que se califique de excepcional al deber de indemnizar estatal que surge en tales casos. En rigor, lo que debe ser excepcional no es la responsabilidad estatal legítima, sino que las autoridades públicas dañen a las personas obrando válidamente en aras del interés público. La regla de base constitucional (art. 19 de la Const. Nac.) a la que siempre deben ajustar su actuación tanto las personas públicas

Como lo explicaremos más adelante, la forma en que se ha legislado el alcance del deber de responder del Estado en los casos en que su actuación se ajusta a derecho contraviene la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y acarrea una inadmisibile e inconstitucional restricción, ya que deja de lado el principio de la reparación integral²⁶. Ello es así en tanto se limita el resarcimiento a los perjuicios de índole patrimonial, no se contempla la indemnización del daño futuro y se excluye la reparación del lucro cesante.

1. *Daño patrimonial*

Mediante un texto que reproduce la fórmula empleada en el artículo 10 de la Ley 21.499 de Expropiaciones, en el 2º párrafo del artículo 5º de la ley 26.944 se dispone que en los supuestos de responsabilidad estatal por su actuación legítima la indemnización comprenderá el “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

Estimamos desacertado el criterio seguido por el legislador, pues el rubro *valor objetivo del bien* no es adecuado para comprender todos

como las privadas es la que prescribe que está prohibido perjudicar los derechos de terceros –*alterum non lædere*– (Fallos: 308:118, 320:1999, 327:3753, entre otros).

Por lo demás, lo que la Corte Suprema de Justicia ha expresado en más de una ocasión no es el carácter excepcional de la responsabilidad legítima del Estado, sino que “los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por la administración en el cumplimiento de sus funciones, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables (Fallos: 308:1049; 310:2824; 312:659 y 313:278)” (Fallos: 317:1225, reiterado en Fallos: 328:2654; ver: PERRINO, Pablo Esteban, *Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos*, en L. L. del 18-6-2014).

²⁵ Esto tiene lugar a través de la forma en que se han reglado los requisitos para su viabilidad en el art. 4º y el rechazo que se efectúa en el art. 5º a indemnizar los daños causados por la actividad judicial legítima (ver PERRINO, *Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos* cit.).

²⁶ Ver Fallos: 327:3753 y 335:2333.

los perjuicios que deben ser indemnizados como consecuencia del obrar estatal legítimo (v. gr., daños corporales, daño moral, etc.).

El criterio empleado en el artículo 5º, segundo párrafo de la ley 26.944 tiene su origen en la errónea asimilación de la expropiación con la responsabilidad estatal legítima. Si bien es indiscutible que estas figuras tienen un fondo común, porque en ambos supuestos media una actuación estatal válida que en aras del bien común lesiona derechos de terceros, son instituciones diferentes.

Adviértase que, a diferencia de lo que acontece cuando el Estado provoca daños que debe reparar en virtud de su responsabilidad por actuación legítima, el efecto principal de la expropiación, derivado de su propia naturaleza, es la privación o sustracción de la propiedad de modo directo y voluntario²⁷. En la expropiación el Estado logra que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública y previo pago de una justa indemnización²⁸, efecto que no acarrea la responsabilidad estatal legítima. En la expropiación hay una sustitución de un bien por el derecho a un crédito o precio que debe asegurar el reemplazo. De ahí que 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 expro-

²⁷ MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. IV, p. 151; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, t. II, p. 433.

²⁸ Conf. CORREA, José Luis, *Expropiación*, en L. L. Gran Cuyo 2002-437. En tal sentido, Marienhoff afirma que en "la expropiación la propiedad del expropiado cambia de especie: el expropiado deja de ser titular de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero, que trasunta la indemnización previa a que se refiere la Constitución. La expropiación, pues, produce un cambio de valores: una cosa o bien determinado son sustituidos por una suma de dinero" (MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. IV, p. 152). En igual 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" (Fallos: 329:5467).

piación y se convierte en titular de una suma de dinero²⁹. Y por eso, normalmente, en las legislaciones expropiatorias se establece, como lo hace el artículo 10 de la ley 21.499, como fórmula para compensar el perjuicio acarreado al sujeto expropiado, el pago del “valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata” del comportamiento estatal dañoso, excluyéndose de la indemnización “circunstancias de carácter personal, valores afectivos” y “ganancias hipotéticas”.

Desde esta perspectiva cabe preguntarse entonces, ¿cuál es el valor objetivo del bien a reparar cuando, por ejemplo, se trata de daños corporales consistentes en la pérdida o disminución de aptitudes físicas o psicofísicas o se ha producido la pérdida de la vida?

Pero, además de las diferencias de efectos que media entre la responsabilidad estatal legítima y el instituto expropiatorio, su régimen jurídico presenta importantes diferencias porque la expropiación está rodeada de un conjunto de garantías de base constitucional (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad de pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación³⁰, etc.) que están ausentes en la responsabilidad legítima, por lo que no es correcto asimilar sus consecuencias jurídicas. Lo contrario importaría admitir, en la práctica, la expropiación por la sola actuación de la Administración, soslayándose las garantías consagradas por la Constitución para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

2. *Valor objetivo del bien*

Tanto la doctrina como la Corte Suprema nacional y el Tribunal de Tasaciones de la Nación han entendido que la expresión “valor objetivo del bien”, empleada en el artículo 10 de la ley 21.499, se identifica con el denominado valor de mercado que deriva del libre juego de la oferta y la demanda³¹.

²⁹ Fallos: 329:5467.

³⁰ Conf. Fallos: 318:445 y 1786.

³¹ Fallos: 207:804; 237:38; 241:73; 242:150, y 317:377; conf. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. IV, p. 249; LINARES, Juan Francisco, *Valor objetivo e indemnización en la ley 21.499*, en *Revista Argentina de Derecho*

En este sentido, Cassagne al examinar el régimen legal expropiatorio, explica que en aquél se regula la indemnización con arreglo a pautas y principios diferentes a los establecidos en el Derecho Privado, instituyendo un sistema que gira en torno a dos conceptos: uno de carácter central, el valor objetivo del bien expropiado, que no se asimila estrictamente a la idea civilista del daño emergente y que consiste en el valor general o de mercado objetivamente considerado, y otro complementario, pero de gran trascendencia práctica, que apunta a cubrir los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación. Más adelante, precisa que "en ciertas circunstancias, la aptitud de producción o el valor potencial respecto de la rentabilidad de un bien o las ganancias futuras, se tienen en cuenta a los efectos de la determinación de su valor objetivo"³².

A su vez, Marienhoff, después de señalar que la indemnización expropiatoria debe dejar el patrimonio del expropiado en la situación que tenía antes de la expropiación y de precisar que el valor objetivo del bien es equivalente al valor de plaza y al contado, al examinar el alcance de la indemnización en los supuestos de expropiación y de rescate de empresas que prestan servicios públicos, expresa: "en el monto de tal indemnización, aparte de otros elementos, influyen esencialmente el lapso que aún falta para que se opere el vencimiento del término por el cual se otorgó la concesión, como así el resultado de los negocios logrados hasta el momento del rescate o de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia". Seguidamente, aclaraba que el resarcimiento de estos dos valores, que constituyen lo que comúnmente se denomina "valor de empresa en marcha", "no significa reconocer o pagar *lucro cesante*, sino resarcir el valor del

Administrativo, 1977, N° 15-17, ps. 56 y ss.; CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo* cit., t. II, p. 285, y MAIORANO, Jorge L., *La expropiación en la ley 21.499*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 62; CASAS, Juan Alberto y ROMERO VILLANUEVA, Horario J., *Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 53/56; ver resolución 27/2002 del Tribunal de Tasaciones de la Nación por la cual se aprueban las normas de tasación. En especial ver la Norma TTN 1.4, Principios y conceptos de valor: valor de tasación (<http://www.ttn.gov.ar/normas/normas.htm>).

³² CASSAGNE, *Curso de Derecho Administrativo* cit., t. I, p. 286.

derecho nacido de la concesión (que es un contrato), desde el *rescate* de ésta hasta la fecha de su vencimiento". Más adelante precisaba que "el *lucro cesante* no se indemniza, pues la Ley de Expropiación lo excluye (art. 10); en cambio, sí debe pagarse el valor que represente el 'derecho' que la concesión le otorgó al concesionario para prestar el servicio"³³. La afirmación transcrita pone de relieve que Marienhoff consideraba que, en los supuestos de rescate o expropiación de empresas prestadoras de servicios públicos, están comprendidas, dentro del concepto de valor objetivo del bien, las utilidades o beneficios futuros ciertos del contratista afectado.

Ello es enteramente razonable ya que, como alguna vez expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en una causa en la que se demandó al Estado nacional a raíz de la expropiación de un ramal de una línea férrea, "un bien vale, principalmente, por lo que produce o es capaz de producir en épocas o condiciones normales y por las perspectivas que ofrece"; elementos constitutivos de lo que se llama "el negocio en marcha"³⁴.

³³ MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. IV, ps. 261/262.

³⁴ *Fallos*: 176:363. Es dable destacar que en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema nacional se rechazó la posibilidad de que la indemnización expropiatoria incluyera el rubro empresa en marcha. Así lo decidió en *Fallos*: 224:706, 225:451 (en este caso se tuvo en consideración que la empresa concesionaria cuyos bienes fueron expropiados prestaba el servicio a título precario por haber vencido el plazo respectivo); 230:380, 256:232. En la sentencia registrada en *Fallos*: 254:441, si bien se rechazó la reparación de este rubro, no se descartó de plano, como en los pronunciamientos antes citados, su resarcimiento ya que se resolvió que su indemnización estaba condicionada al examen de los hechos del caso, de la historia financiera de la empresa y del régimen económico del contrato de concesión. Dicho fallo contó con el voto disidente del Dr. Luis María Boffi Boggero, en el cual se sostuvo que el valor empresa en marcha es indemnizable porque también forma parte integrante del capital de la sociedad anónima expropiada. A su vez, en el conocido pleito "Motor Once SACeI c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentenciado el 9-5-89 (*Fallos*: 312:649), se decidió que no correspondía el resarcimiento del valor empresa en marcha, porque la demandante no se había visto despojada de la propiedad de la empresa, ni totalmente cercenada su actividad, pues podía continuar con la explotación comercial en todo aquello que no fuera expendio de combustible. Por su parte, en el caso "Nación Argentina c/La Industrial del Norte de Santa Fe Ltda. SAC Ingenio Arno", resuelto el 30-3-78 (*Fallos*: 300:299), la Corte también descartó la indemnización del valor del negocio en marcha por considerar que la demandada no había

También en las Normas Nacionales de Valuación, aprobadas por la resolución 27/2002 del Tribunal de Tasaciones de la Nación (Anexo D), se dispone que el valor objetivo del bien, previsto en el artículo 10 de la ley 21.499, se corresponde con el valor de mercado cuando éste pueda determinarse³⁵. Asimismo, se precisa que dicho concepto consiste en “el importe neto que razonablemente podría esperar recibir un vendedor por la venta de un bien en la fecha de la valoración, habiéndose verificado técnicamente las características del mismo, y suponiendo una comercialización adecuada, que existe al menos un comprador potencial y un vendedor correctamente informados, y que ambos, comprador y vendedor, actúan libremente por un interés económico y sin un condicionamiento particular en la operación.

”El valor de mercado de un bien está siempre determinado por la intersección de sus curvas de oferta y demanda. La curva de demanda está dada por su costo de sustitución para los potenciales compradores.

”El valor de mercado puede ser obtenido:

”Comparando sus características físicas y técnicas con las de bienes similares cuyo valor se conoce, y ponderando luego la incidencia que puedan tener en su valor de mercado las diferencias detectadas. En función de los ingresos netos que él sería capaz de generar y de la

aportado prueba alguna al respecto y que la empresa expropiada, debido a su situación financiera, contaba con pocas posibilidades de mantener su actividad industrial en el tiempo. Por último, *in re* “Cía. Azucarera Tucumana SA c/Estado Nacional s/Expropiación indirecta”, decidida el 21-9-89 (*Fallos*: 312:1725), el alto tribunal desestimó indemnizar el valor empresa en marcha con arreglo a dos argumentos. El primero de ellos residió en que este rubro apunta fundamentalmente a la organización empresarial como cualitativamente diferenciable de los meros bienes físicos y que en el caso no medió una continuidad en los aspectos organizativos que hacen a la gestión empresarial de los cuales se haya aprovechado la expropiante. En segundo lugar, tuvo en consideración que el valor empresa en marcha no puede dejar de considerar la situación económica de la empresa y que en tal caso la situación de la expropiada era precaria en cuanto a las posibilidades de mantener su actividad industrial. Como puede advertirse en la generalidad de los fallos mencionados se desestimó la reparación del ítem valor empresa en marcha debido a las pocas posibilidades de las empresas expropiadas de continuar el desarrollo de su actividad empresarial.

³⁵ Norma TTN 1.4, Principios y conceptos de valor, 23-2-2009. Cabe advertir que, para el caso en que no pueda determinarse el valor de mercado se prevé que “se tendrá en consideración el costo de reposición depreciado (CRD) en su defecto”.

tasa de rédito que se obtiene en ese mercado con bienes similares”.

Pues bien, dada la similitud del texto del artículo 5º, 2º párrafo, de la ley 26.944 con el artículo 10 de la Ley de Expropiaciones, son plenamente trasladables a su ámbito las consideraciones efectuadas acerca de la legislación expropiatoria, razón por la cual cabe entender que el *valor objetivo* es sinónimo del valor de sustitución del bien a precio de mercado, el cual, cuando se trata de cosas o activos que tienen una capacidad o potencialidad para producir utilidades económicas, se estima mensurando también a aquéllas³⁶.

3. Daño moral

La fórmula empleada en el 2º párrafo del artículo 5º de la ley 26.944 no parece contemplar la reparación del daño moral, el cual por su naturaleza no integra el valor objetivo del bien. Sin embargo, marginar su reparación carece de todo sustento lógico y constituye una violación de las disposiciones constitucionales de los artículos 14 y 17, que protegen el derecho de propiedad, y 19, del cual deriva la regla *alterum non lædere*³⁷ y, de las del artículo 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial³⁸ o anormal³⁹, en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar, sin la debida indemnización⁴⁰. Por tal motivo, cabe propiciar una interpretación amplia del 2º

³⁶ También Cardaci Méndez considera que el valor objetivo del bien incluye las utilidades futuras ciertas conforme al curso ordinario y natural de las cosas (CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación del contrato de obra pública*, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 151).

³⁷ Fallos: 308:1160. Sostiene Cuadros que el fundamento de la reparación de los daños causados en situaciones de responsabilidad legítima estatal es “la transgresión al principio constitucional que prohíbe dañar a otro y que permite calificar como antijurídicas a tales actividades” (CUADROS, Oscar Álvaro, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 184).

³⁸ Fallos: 180:107; 293:617; 310:943; 316:397; 319:2658, entre otros.

³⁹ Fallos: 330:2464 y causa “Malma Trading SRL c/Estado Nacional. Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/Proceso de conocimiento”, fallada el 15-5-2014, L. L. 2014-C-263 y E. D. A. del 27-6-2014, p. 18.

⁴⁰ Fallos: 315:1026. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en

párrafo del artículo 5° de la ley 26.944 que, al disponer que también son indemnizables “los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública”, permite comprender entre tales perjuicios a los de índole moral, cualquiera sea su especie⁴¹.

No consideramos que puede constituir un obstáculo para ello que no deban mensurarse en la indemnización las “circunstancias de carácter personal” y los “valores afectivos”, ya que lo que persigue el legislador con la mencionada exclusión es que el valor del bien sea calculado con base en criterios objetivos y no con arreglo a apreciaciones de naturaleza subjetiva (sentimentales o emotivas)⁴². De ahí que el valor objetivo del bien es “el valor intersubjetivo, comunitario o social que se fija según las leyes de la economía”⁴³.

De todos modos, la noción de daño moral, cualquiera sea el criterio

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 productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, sólo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales –vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales–, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (*Fallos*: 308:2626 y 317:1233, entre otros)” (*Fallos*: 330:2464 y causa “Malma Trading SRL c/Estado Nacional. Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/Proceso de conocimiento”, fallada el 15-5-2014, L. L. 2014-C-263 y E. D. A. del 27-6-2014, p. 18).

⁴¹ Entre otros: padecimientos físicos o morales, el denominado perjuicio del ocio o del placer, el daño en la vida de relación, el perjuicio estético, la incapacidad sexual, daño al proyecto de vida (ver LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Sistema de jurisprudencia civil. Con apostillas y bibliografía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II, ps. 2087 y ss.).

⁴² Explica Marienhoff, refiriéndose 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. Constituye un simple valor ‘subjetivo’ que, para más, por principio general, se mantiene en lo interno de la mente del propietario, sin manifestaciones exteriores permanentes e inequívocas. La exclusión del valor ‘afectivo’ como rubro a indemnizar es razonable: de ahí su juridicidad” (MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. IV, p. 252).

⁴³ LINARES, ob. cit., p. 57.

que se siga para conceptualizarlo (por la naturaleza de los derechos menoscabados, por la de la naturaleza del interés lesionado o por la de la naturaleza del resultado de la lesión)⁴⁴, no se identifica o confunde con las "circunstancias de carácter personal" y los "valores afectivos" que se mencionan en el 2º párrafo del artículo 5º de la ley 26.944.

No está de más recordar que, en más de una ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha condenado a indemnizar el daño moral en supuestos de responsabilidad por actividad legítima del Estado⁴⁵.

4. Daño futuro

Otra limitación al alcance de la indemnización, no exigida por el legislador para la configuración del daño resarcible en los supuestos de responsabilidad ilegítima por falta de servicio (art. 3º, inc. a), proviene del artículo 3º, inciso d, de la ley 26.944 en el cual es exigible que el daño resarcible sea actual.

Ciertamente, no encontramos ninguna razón valedera para no indemnizar aquellas consecuencias dañosas que no han cerrado aún todo su ciclo y que se sabe, de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales⁴⁶.

En rigor, lo relevante para que el daño sea resarcible es que sea cierto y no eventual o hipotético. Como ha expresado la Corte Suprema, "debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos (art. 901 del Código Civil), de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en el supuesto de daño futuro"⁴⁷.

En más de una ocasión el mencionado alto tribunal ha condenado

⁴⁴ Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. por Alberto J. Bueres y coord. por Elena I. Highton, t. 3 A, ps. 170/172, y PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, ps. 28 y ss.

⁴⁵ Fallos: 318:385 y 324:1253, entre otros.

⁴⁶ CAZEAUX, Pedro Néstor, *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de la chance*, en AA. VV., *Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, La Plata, 1981, p. 18.

⁴⁷ Fallos: 317:1225.

al Estado a indemnizar daños futuros respecto de los cuales mediaba certidumbre acerca de su existencia. Así lo hizo por ejemplo en los casos de responsabilidad de las provincias por la inundación de campos causados por la realización de obras públicas en los cuales admitió la indemnización del lucro cesante futuro por el lapso que demandaría la recuperación del suelo. En tales pleitos, con sustento en la prueba pericial producida, la Corte entendió que tal rubro era resarcible porque existía un grado de certeza objetiva respecto de su acontecer⁴⁸.

5. *Lucro cesante*

En el primer párrafo del artículo 5° de la ley 26.944 se excluye expresamente la reparación del lucro cesante, el cual ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia como “las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”⁴⁹.

Como ya lo hemos explicado anteriormente, la jurisprudencia actual del máximo tribunal de la República es muy clara y contundente en reconocer, como principio, la reparación del lucro cesante en la responsabilidad legítima del Estado. Así surge de los numerosos pronunciamientos en los que se responsabilizó a la Provincia de Buenos Aires por los daños acaecidos a los ribereños a raíz de la ejecución de obras públicas que produjeron inundaciones cuando aumentó el nivel de las lluvias⁵⁰, como en los fallos emitidos, por su actual integración, en las causas “El Jacarandá SA c/Estado Nacional”⁵¹, del 28 de julio de 2005; “Zonas Francas Santa Cruz SA c/Estado Nacional. PEN. Dec. 1583/96 s/Daños y perjuicios”⁵², del 19 de junio de 2009, y “Malma Trading SRL c/Estado Nacional. Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/Proceso de conocimiento”, del 15 de mayo de 2014⁵³.

Compartimos dicho criterio, pues de los artículos 14, 16, 17 y 19⁵⁴

⁴⁸ Fallos: 307:1515; 311:233 y 744; 312:2266; 317:318; 325:255, entre otros.

⁴⁹ Fallos: 306:1409, consids. 4° y 5°; 316:1335, consid. 20.

⁵⁰ Fallos: 304:674; 310:647; 311:233; 312:2266, y 316:1335.

⁵¹ Fallos: 328:2654.

⁵² Fallos: 332:1367.

⁵³ L. L. 2014-C-263 y E. D. A. del 27-6-2014, p. 18.

⁵⁴ Con sustento en esta disposición constitucional, la Corte Suprema de Justicia sostuvo “que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación

de la Constitución Nacional y 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de otro, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser “justa”⁵⁵, lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado⁵⁶, sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa⁵⁷. Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios

de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. *Fallos*: 324:2972 y arg. *Fallos*: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento –derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces– resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (*Fallos*: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º; entre otros)”. Sobre esa base el alto tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 76, inc. 3º, ap. c, de la ley 19.101 que establece un régimen especial indemnizatorio para los conscriptos por no contemplar una reparación integral del daño (*Fallos*: 335:2333).

⁵⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia expropiatoria considera que el principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (*Fallos*: 317:377 y 326:2329). En otro pronunciamiento ha resuelto que “si bien el principio de justa indemnización, de raigambre constitucional (art. 17 de la Ley Fundamental), exige la reparación integral del perjuicio sufrido por el propietario, es decir, la restitución a aquél del mismo valor económico de que se lo priva y la cobertura, además, de los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación (art. 10 de la ley 21.499 y *Fallos*: 326:2329, entre muchos otros), ese resarcimiento no puede convertirse en un enriquecimiento indebido, como se ha sostenido desde antiguo” (*Fallos*: 333:215).

⁵⁶ Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué en *Fallos*: 312:2266 para fundar la indemnización del lucro cesante. En dicha causa se consideró responsable a la provincia demandada por la inundación de un establecimiento de campo, causado por las obras realizadas para evitar que las aguas afectaran sectores de alta productividad y centros poblados.

⁵⁷ Conf. TAWIL, *El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita* cit., p. 245, y ABERASTURY, Pedro, *Principios de la responsabilidad del Estado*, en AA. VV., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, dir. por Pedro Aberastury, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

económicos futuros cuya existencia esté asegurada de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, como ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una causa en la que se demandaba una reparación por las lesiones corporales que sufriera un conscripto mientras prestaba el servicio militar obligatorio, “es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. *Fallos*: 324:2972 y arg. *Fallos*: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento —derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (*Fallos*: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º; entre otros)”⁵⁸.

Por tal motivo, deviene inconstitucional la limitación a indemnizar el lucro cesante que establece el primer párrafo del artículo 5º de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos⁵⁹.

Más allá de lo dicho es preciso aclarar que si bien consideramos que, como regla, el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación, ello no significa que no pueda ser equitativamente acotado en su extensión teniendo en consideración las circunstancias de cada caso. Pues, así como estimamos irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos⁶⁰, también puede serlo, en algunos casos, reconocerlo sin limitación alguna⁶¹.

⁵⁸ Sobre esa base el alto tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 76, inc. 3º, ap. c, de la ley 19.101 que establece un régimen especial indemnizatorio para los conscriptos por no contemplar una reparación integral del daño (*Fallos*: 335:2333).

⁵⁹ Conf. ABERASTURY, *Principios de la responsabilidad del Estado* cit.

⁶⁰ Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué en *Fallos*: 312:2266 (ver nota 56).

⁶¹ En igual sentido: BIANCHI, Alberto, *El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general*, en obra colectiva, *Servicios públicos. Regulación 1º Congreso nacional*, Ediciones Dike, Mendoza, 2004, ps. 131 y ss.

