

## EL CARÁCTER IUSPUBLICISTA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGISLATIVA LEGÍTIMA. INCIDENCIAS SOBRE EL ALCANCE DE LA REPARACIÓN

MARÍA ROSA CILURZO

Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires;  
Profesora Adjunta de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. La responsabilidad del Estado y su sometimiento a las reglas del Derecho Público. II. Fundamentación. III. Confianza legítima y fundamentación. IV. Responsabilidad y Reparación. V. Extensión del Daño. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

RESUMEN: El presente trabajo intenta efectuar un análisis comparativo, si bien parcial, de los ordenamientos jurídicos de España y Argentina en cuanto a la recepción de la justificación de la Responsabilidad del Estado por su actividad normativa lícita, así como de su eventual incidencia sobre el alcance de la reparación.

Se partió del interrogante básico cual es, si la justificación en la que se afianza el deber de reparar en cabeza de la sociedad toda, por los daños que a los integrantes de la misma le produce el actuar legislativo lícito, descansa en parámetros sustentados en los textos fundamentales o en la mera decisión de los poderes constituidos, y por ello maleable por vía de sus decisiones particulares.

Vistas las fundamentaciones, se evaluó la existencia de un tratamiento diferenciado del alcance de la reparación (según los distintos sistemas) y su correspondencia con la existencia de un Estado Social y Constitucional de Derecho, en lo que hace al diseño del instituto.\*

### **I. INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SU SOMETIMIENTO A LAS REGLAS DEL DERECHO PÚBLICO**

Todo análisis de la problemática de la Responsabilidad del Estado por su actuación lícita gira en torno a su justificación, a la necesidad de saber si, y en

\*Trabajo de Investigación correspondiente al 38º Curso de Especialización en Derecho de la Especialidad de Derecho Administrativo y Financiero de la Universidad de Salamanca.

qué medida, los particulares están obligados a soportar los daños que el actuar legítimo del Estado del que forman parte les ocasiona.

Se tratará de saber si las estructuras normativas, producto de la sociedad, ajustadas a derecho, poseen un predominio incondicionado sobre los individuos, o si, aun reconociendo su imperium este orden puede viabilizar, la reparación de los perjuicios que causaren, sin que medie cuestionamiento atendible contrario a su juridicidad<sup>1</sup>.

1. En el ámbito del *Derecho Argentino*, la justificación se encuentra en el Derecho Público, y por lo tanto se regirá por reglas que le son propias, así lo ha entendido mayoritariamente la doctrina<sup>2</sup>; y en ello ha incidido los diversos parámetros que hacen a su tratamiento, tales como el interés de la comunidad, las cargas y sacrificios que ésta debe soportar y las que le corresponden a los habitantes, alejándose de las construcciones del derecho privado afincadas en la responsabilidad por culpa o dolo<sup>3</sup>. Siendo su evolución esencialmente jurisprudencial.

En cuanto al *Derecho Español*, la evolución fue legislativa y su reconocimiento constitucional, (independientemente del principio general de responsabilidad por culpa plasmado en el artículo 1902 del Código Civil y de las previsiones referidas a la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito

1 Ver opiniones de la suscripta en “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”, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

2 Ver BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 331 y ss.; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, T. II, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 343 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 472 y ss.; y “Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación” en AA.VV., *Responsabilidad del Estado –Jornadas de homenaje a la Profesora Dra. María Graciela Reiriz*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 48 y ss.; COMADIRA, JULIO R., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, en Doc. Adm. 269-270, Ed. INAP, Madrid, mayo-diciembre 2004; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y otras selectas*, T. VIII, Fund. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. 539; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, T. II, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, ps. 717-718; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 698 y ss.; PERRINO, PABLO E. “Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 791 y ss.; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Ed Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 44 y ss., entre otros.

3 Ver ABERASTURY, PEDRO (h), “Responsabilidad del Estado por su actividad normativa”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2001, p.123 y ss. y BIANCHI, ALBERTO, en “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, *LL*, 1996-A, 922- *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, 01/01/2007.

privado<sup>4</sup>), se enmarcó primero en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF en adelante)<sup>5</sup>, en la que regula El Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE en adelante)<sup>6</sup>, para luego quedar consagrado su reconocimiento constitucional en el texto fundamental de 1978 (CE en adelante) (si bien con la divergente opinión de la doctrina relacionada a la interpretación de los artículos 9.3, 33.3 y 106.2)<sup>7</sup>, y posteriormente regulada por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en adelante)<sup>8</sup> y –a partir del 2 de octubre de 2016– por la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante)<sup>9</sup>; lo que a mi entender implica la aplicación de un sistema que claramente puede diferenciarse del que trata las relaciones propias del derecho privado<sup>10</sup>.

Como ya se mencionó, se han desarrollado diversas posiciones en torno al alcance que deben darse a las normas Constitucionales, en lo que hace a la justificación de la responsabilidad del Estado (criterio entendido en sentido amplio)<sup>11</sup>, más ello no ha llevado a la negación de la incidencia que posee el hecho de que uno de los sujetos que conforma la relación sea el Estado.

Así el sistema español se ha ido –al igual que el argentino– diferenciando primero del concepto civil de responsabilidad articulado sobre la base de la culpa o negligencia, y en general –independientemente de que se trate del actuar lícito o ilícito del Estado– afincándose en una estructura Constitucional que entiende a la responsabilidad como integrante imprescindible del Estado Social y Constitucional de Derecho.

4 Como señala LUIS MARTÍN REBOLLO, “... la inaplicación del artículo 1902 CC (25) (responsabilidad por actos y hechos propios) partía de la no aceptación y consolidación de la teoría del órgano y la personalidad jurídica de la Administración. Si la Administración, o (...) el Estado, es una persona jurídica de la que los funcionarios son órganos que imputan su actividad a aquella, cuando el funcionario actúa y causa un daño, dicho daño sería imputable a la persona jurídica, que respondería por actos propios...”. “Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, AFDUAM 4, 2000, ps. 273-316, en especial 283.

5 Artículo 121.1.

6 Artículo 40.1.

7 Ver CE.

8 Artículo 139.

9 Artículo 32.

10 Ver ORIOL MIR PUIGPELAT en *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2012, ps.17-18, referencia a la responsabilidad extracontractual.

11 Ver evolución legislativa y su alejamiento del concepto civil de la responsabilidad por culpa, a partir de la Constitución de 1931, LEF de 1954 y la LRJA (1957) en GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 7ª ed., Thomson Reuters, España, 2015, ps.45-56; del que se infiere la derivación de reglas del Derecho Público y la Constitucionalización. Ídem evolución LUIS MARTÍN REBOLLO, op. cit., nota 5.

2. Entender que las reglas que regulan la responsabilidad del Estado, en general y por su actividad lícita en especial, son propias del Derecho público, no implica desconocer la tendencia denominada “Constitucionalización del Derecho”.

Diversas posturas sostienen que se ha generado una suerte de alteración de las singularidades del Derecho Público y del Privado, tornándose imprecisa su diferenciación; tales posiciones se sustentan en la inviabilidad de efectuar una división en sentido estricto en todos y cada uno de los ámbitos de actuación de los cuerpos normativos.

Sin embargo ellas receptan la posibilidad de analizar las particularidades de determinados institutos y su incidencia en las esferas de los sujetos (sean estos activos o pasivos; reguladores o regulados), de tal manera que las características propias no desaparecen y siguen coadyuvando a la precisión de las consecuencias<sup>12</sup>.

A mi criterio, la consideración de la Constitución y su carácter normativo, así como el rol del Estado y sus objetivos cambiantes, generan que la separación o diferenciación del derecho público del denominado “derecho común” se sustente y mantenga, sea ligado al esquema de protección de los derechos fundamentales, sea afincado en la realidad que implica el reconocimiento de “... polaridades conceptuales: en el derecho privado igualdad, en el derecho público subordinación; allí derechos subjetivos, aquí competencias; allí autonomía, aquí mandatos; allí protección de los derechos fundamentales, aquí vinculación a los derechos fundamentales, etc...”<sup>13</sup>.

3. Partiré por lo tanto, de la premisa de que el derecho público resulta ser un producto de la evolución del derecho y de la sociedad, que permite –hoy en día–, conciliar el esquema liberal dominante con institutos y formas jurídicas que, si bien contingentes, determinarán los roles y estructuras de las relaciones; siendo así las reglas del Derecho común –preparadas para un esquema de autonomía de la voluntad y equivalencia de partes– no serán susceptibles de ser aplicadas sin más, cuando del análisis de la responsabilidad del Estado se trate.

Es que, para el tratamiento de la responsabilidad del Estado por su actuar lícito y su alcance –con especial relación al ámbito de la actividad del legislador–,

12 La doctrina ha hablado de mayor o menor iuspublicidad o iusprivacidad, como un binomio de cualidades (no de entidades), y aun partiendo de la inexistencia de diferenciación ontológica entre Derecho Público y Privado han reconocido que será en cada contexto –histórico– que se regularán las relaciones y el mantenimiento de diferencias en ámbitos concretos de regulación (ver VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014).

13 GRIMM, DIETER, *Sobre la identidad del Derecho Público*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 41.

todo análisis se remonta a la justificación del poder, sus relaciones y efectos, y ello se aleja de parámetros del Derecho Común.

En tal sentido, la lectura de las teorías que han intentado justificar la responsabilidad demuestran la lucha por generar una fundamentación diversa de esas reglas, al respecto me permito remitir –en lo que a la doctrina argentina se refiere– al hoy vigente análisis desarrollado por la profesora MARÍA GRACIELA REIRIZ<sup>14</sup>, así como también a la evolución del instituto dentro del Derecho Español que efectúan EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>15</sup>; y al estudio comparativo y análisis teórico realizado por FERNANDO GARRIDO FALLA<sup>16</sup>.

4. Tampoco la postura adoptada implica negar que el Derecho se interprete en forma sistémica, integrando elementos heterogéneos de forma que habiliten un funcionamiento complejo y coherente; menos aún que dentro de él exista una prelación constitucional que se expanda y condicione las diversas manifestaciones del ordenamiento; pero de ello no se deriva que la regulación deba ser única o escindida de las características propias del Derecho Público; como ya se dijo, la sola consideración del componente subjetivo y del rol que ha asumido el Estado en cumplimiento de las obligaciones que emergen del reconocimiento de que este posee un determinado fin en un sistema Social y Constitucional de Derecho no solo justifica, sino que requiere una regulación propia.

## II. FUNDAMENTACIÓN

1. En lo que hace al *Derecho Argentino* la fundamentación general de la responsabilidad estatal, se afincará en el propio texto constitucional, sea en el artículo 16, *in fine*, como manifestación de la igualdad ante las cargas públicas o en los artículos 14 y 17<sup>17</sup> como resguardo del derecho de propiedad, en virtud de

14 REIRIZ, MARÍA GRACIELA, op. cit., p.17 y ss.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Civitas SA, Madrid, 1977, ps. 305-314.

16 GARRIDO FALLA, FERNANDO afirma: "...La teoría de la indemnización expropiatoria y la teoría de la responsabilidad patrimonial surgen, (...) con fundamentos jurídicos diferentes, consagrados por cierto en nuestra Constitución en preceptos también diferentes: el artículo 33.3, que establece la indemnización expropiatoria (es decir, por la privación de bienes o derechos de los particulares por causa justificada de utilidad pública o interés social), y el artículo 106.2, que consagra el derecho a indemnización por las lesiones sufridas en los bienes y derechos de los particulares cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos...", en "La Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial del Estado", *RAP*, N° 119, mayo/agosto 1989, ps.7-48.

17 Artículo 14: "... Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber... de usar y disponer de su propiedad...".

Artículo 16: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto

la lesión en los términos que ha utilizado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al caracterizarla<sup>18</sup>; es, en suma, el plexo constitucional el que constituye el cimiento normativo de la responsabilidad estatal y así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal en diversos pronunciamientos<sup>19</sup>, ratificando que sus fundamentos resultan “...extraños a los propios del derecho privado...”, con cita de doctrina *iusadministrativa*<sup>20</sup>.

En este marco, y en consonancia, la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (Ley 26.944), reconoce normativamente que el deber de reparar se encuentra sometido a reglas y características propias del Derecho Público<sup>21</sup>, no adhiriendo –sin embargo– a ninguna teoría justificativa en forma concreta.

En tal esquema, la construcción de la responsabilidad del Estado Legislador superó los primigenios obstáculos que al respecto destacó la doctrina<sup>22</sup> y ha tenido su origen en antiguos precedentes del Máximo Tribunal<sup>23</sup>, los cuales

---

y de las cargas públicas.

Artículo 17. “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”.

18 “El término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la CN o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular tenga una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea contra el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad...”, CSJN, Fallos: 145:307 (“Bordieu, Pedro c/ MCBA”).

19 Ver MURATORIO, JORGE I. en “Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 83-5.

20 Con citas de MARIENHOFF, FIORINI y FORSTHOFF (considerando 11), Fallos: 329:759.

21 Publicada en el Boletín Oficial con fecha 8 de agosto de 2014 y disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233216/norma.htm>

22 Ver BIELSA, RAFAEL en *Derecho Administrativo*, T. II, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 343-6, donde –refiriéndose a la responsabilidad extracontractual– dice que “... los actos del Poder administrativo, los del Poder legislativo y los del Poder Judicial no responsabilizan al Estado, que según el principio dominante no es responsable, salvo que la ley expresa o virtualmente instituya la obligación de indemnizar...”.

23 Diversos pronunciamientos han reconocido la responsabilidad por actividad lícita emanada de actos legislativos, si bien sometidos al cumplimiento de requisitos, recalcando que si se trata del ejercicio razonable de las funciones nadie puede tener derecho al mantenimiento de una situación jurídica determinada, y especialidad en el daño (ver “Establecimientos Americanos Grady”, Fallos: 10:107, “Spurr Carlos c/ Gobierno de la Nación”, Fallos: 182:146, “Cantón Mario c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 301:403, “Winkler, Juan c/ Nación Argentina”, Fallos: 305:1045, entre muchos otros); el criterio utilizado por el Máximo Tribunal se aplicó también a las regulaciones de carácter general del Ejecutivo (ver “Ledesma SA c/ Estado Nacional”, Fallos: 312:2022,

independientemente de la procedencia o no de la acción entablada, fueron estructurando tanto su justificación como los presupuestos necesarios para su configuración, siempre al resguardo de disposiciones expresas del texto constitucional.

Será esa misma jurisprudencia la que delimitará presupuestos especiales de procedencia cuando de responsabilidad por actividad lícita se trate, afincados esencialmente en la existencia de la relación del deber de soportar el daño y el sacrificio especial en cabeza del sujeto afectado.

2. En cuanto al *Derecho Español* se refiere, del reconocimiento de la reparación para supuestos de expropiación forzosa (de raigambre constitucional), se arribó al reconocimiento general de la responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, todo ello con sustento legislativo, resultando de mayor dificultad el reconocimiento o consagración general de la responsabilidad del Estado legislador y de allí la existencia de justificación unívoca.

Considero que la idea de que el legislador es el que únicamente puede prever los casos de en los cuales su actuar lícito conlleve reparación ha impedido una justificación general, sumado a los inconvenientes derivados de la responsabilidad afincada en el daño, para supuestos de actuar del órgano Administrativo. Siendo así la responsabilidad del Estado Legislador proviene de una evolución legislativa más que jurisprudencial, así y en palabras de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: “... la idea de que el Estado, en su faceta legislativa, está colocado por encima de la ley, y por tanto, únicamente será responsable de los daños que ocasiones al legislar cuando la propia ley lo establezca todavía está latente en distintos ordenamiento. Sin embargo, cada día se extiende con mayor fuerza la idea de que tampoco en el ejercicio de la función legislativa el Estado está exento de responder de los daños que pueda ocasionar...”<sup>24</sup>

El tratamiento legislativo poseerá características alejadas del Derecho Común, el que efectúa el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, marcó un primer escalón en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado Legislador<sup>25</sup>, y deberá leerse a la luz de los artículos 33, 14 y 9.3 de la Constitución Española (CE) (los cuales conforman el marco normativo necesario de justificación). No modifica lo expuesto (en cuanto a la construcción iuspublicista) el dictado de la Ley 40/2015 y el tratamiento dado al tema por el artículo 32<sup>26</sup>.

---

“Columbia SA c/ Banco Central”, Fallos: 315:1026, “Buenos Aires Eximport SA c/ Estado Nacional”, Fallos: 316:397-, “Revestek SA c/ Banco Central”, Fallos: 318:1531, entre otros).

24 GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, op. cit., p. 61.

25 Ver nota 9.

26 Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, op. cit.

No desconozco que doctrina y jurisprudencia han negado una justificación unívoca de la responsabilidad estatal, diferenciando las normas de naturaleza expropiatoria de aquellas que no lo son, y entendiendo inviable la aplicación por analogía de las disposiciones referidas a la responsabilidad de la Administración a los restantes órganos del Estado, es más se ha afirmado que el reconocimiento del Estado legislador no dimana del texto constitucional; más ello guarda relación con la intención de generar factores obstativos o restrictivos a la viabilidad de las reparaciones cuando del actuar normativo lícito se refiere, debido a las consecuencias que el concepto de lesión resarcible erigido como centro de la reparación (artículo 106 del Título IV de la CE) trae aparejado.

En suma, la construcción de una justificación general de la responsabilidad de los poderes públicos no puede encontrar un escollo por el hecho de intentar cohonestar los efectos de la amplitud de reparación contemplada en la norma constitucional en lo que hace a la responsabilidad de la Administración, ya que ello implicaría confundir el presupuesto fundante con los requisitos y alcance de las diversas manifestaciones de la responsabilidad por actuar del Estado.

Entiendo que la fundamentación de la responsabilidad del Estado Legislador será iuspublicista, sea cual fuere la teoría que se utilice y tipología a la que se aplique. Así, se la estructure sobre la base del principio de la igualdad ante las cargas públicas, del sacrificio patrimonial, de la afectación del equilibrio que la norma –ajustada a derecho– produce o del principio de seguridad jurídica no perderá su naturaleza esencial.

No puede olvidarse que fue al resguardo de estos fundamentos que se ha generado la ampliación de los supuestos primigeniamente contemplados<sup>27</sup> como susceptibles de ser reparados (norma declarada inconstitucional o el reconocimiento expreso de responsabilidad y reparación en ella consignado), lo que

27 Ver Sentencia del TS del 30/11/1992 (RJ 1992, 8769), que con relación al artículo 9.3. de la CE afirma que "... la responsabilidad derivada de actos de aplicación de las leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del artículo (...), la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y que requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones" (ver autor y obra nota 26, ps. 69-70). Ello implica negar el carácter de norma jurídica operativa al articulado. En un precedente posterior la Sala Contenciosa afirmó: "Este tipo de responsabilidad, derivada de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, se recoge legalmente, (...) en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, en sintonía con el principio general de responsabilidad de los poderes públicos, constitucionalmente recogido en el artículo 9.3 de la CE, y en conexión con el reconocimiento a los particulares del derecho a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos en los términos que establezca la Ley (artículo 106.2 de la CE ). La acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la aplicación de un acto legislativo, de naturaleza no expropiatoria (...), siempre que el particular "no tenga el deber jurídico de soportar", se contiene (...) en el mentado artículo 139.3 de la Ley 30/1992..." (STS 507/2015. Rec: 120/2013).

implica que, los poderes constituidos han entendido que la comunidad toda debe solventar los perjuicios que sus miembros sufren por las decisiones y acciones de sus representantes, realizadas en beneficio del todo.

### III. CONFIANZA LEGÍTIMA Y FUNDAMENTACIÓN

Merece resaltarse que, como presupuesto fundante, fue la jurisprudencia la que ha hecho mención al principio de protección de la confianza legítima<sup>28</sup>, planteándolo, ya como una modalidad del principio de buena fe, ya del de la seguridad jurídica<sup>29</sup>.

Por las particularidades de las construcciones efectuaré algunas consideraciones referidas a los sistemas jurídicos en análisis.

1. En el sistema español, sin pretender realizar un desarrollo profundo del tema (lo que excede el presente), es de interés la posición actual del T.S. (Sentencia del 16/12/ 2015 -STS 5552/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5552. Recurso 8/2013, ídem Sentencias del 11/12/2015 Recurso 48/2014, 15/12/2015 Recurso 62/2014 entre otras), en lo que hace a la fundamentación de la responsabilidad del estado por su actividad normativa. Allí la Sala Contenciosa, luego de derivar la confianza legítima<sup>30</sup> del principio de seguridad jurídica, y de requerir la

28 Diversos pronunciamientos han considerado que el sacrificio patrimonial de los derechos o intereses legítimos pueden verse afectados en virtud de normas que han conculcado la buena fe y la seguridad jurídica, relacionándolos con la confianza legítima, en casos en que las medidas legislativas legítimas en cumplimiento de normativa comunitaria, no previeron canales correctores o compensatorios ni normas transitorias suficientes. Afirmando que ello "... no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja..." (Sentencia del TS del 12/7/ 1999, RJ 1999, 6541 y otras referenciadas por GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., p. 81).

29 Ver crítica de GARCÍA DE ENTERRÍA en "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador", *RAP*, N° 159, septiembre-diciembre, 2002, ps.173-206. Entiende allí que no puede asignársele rango constitucional derivado del principio de seguridad jurídica, ni darse por lo tanto a éste último una proyección incardinada con el primero; desarrolla sus orígenes en el Derecho Alemán y relación –en ese sistema– con la retroactividad/irretroactividad de las leyes, aclarando su innecesariedad dentro del Derecho Español en virtud del artículo 9.3. de la CE, así como su inviabilidad justificante de la reparación por actividad legislativa legítima. Ver precedentes en SCHWABE, JÜRGEN (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, F. Konrad Adenauer, A.C. México, 2009, p. 498. En especial BVerfGE 68, 361 [Rescisión de arrendamiento (necesidad personal)] (p. 427); BVerfGE 30, 367 [Ley Federal sobre Indemnizaciones].

30 Confianza legítima entendida como expectativa plausible que posee un administrado –derivada de la conducta o comportamiento de los poderes públicos–, de que no mediará modificación o alteración de la situación existente, SCHNEIDER, JENS-PETER, "Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán", *Documentación Administrativa*, N° 263-264, Madrid, p. 254.

identificación de la base cierta de la misma, recalca que para que ella se configure se requiere el carácter sorpresivo de la norma, la inviabilidad de afincarse en tal concepto para oponerse a la revisión del sistema normativo debido a la existencia de nuevas circunstancias y su relación con el libre mercado y riesgo empresarial –así como la incidencia de preferencias o privilegios–; para luego concluir que los actores poseían confianza sobre el mantenimiento del sistema luego modificado, lo que generó su derecho a reparación. El fallo, a su vez, diferencia el alcance de la reparación y viabiliza como tal a los gastos que el cambio normativo hubiere irrogado (siempre y cuando no se vieran compensados con otras medidas), y resulten de manera directa de la conducta de la parte; desestimando los que considera que exceden a la misma y poseen mera eventualidad<sup>31</sup>.

Considero que de los precedentes referenciados resulta: 1) la confianza legítima es tratada como derivación del principio que entienden fundante (seguridad jurídica) sin mayor desarrollo, 2) se diferencian los supuestos de incorporación al patrimonio, de la confianza violada por el carácter sorpresivo de las disposiciones lo que justifica la reparación de los perjuicios derivados de la modificación del régimen de registros (condicionante cuantitativo del reclamo), 3) se da un tratamiento distinto según haya mediado efectos compensatorios en la normativa posterior, determina la inviabilidad del reclamo, 4) se justifica la violación de tal confianza en el mantenimiento del sistema en supuestos donde los sujetos desarrollaron actividades ante la administración aún posteriores al cambio normativo.

Lo expuesto denota un esquema argumental afincado en conceptualizaciones que pueden llegar a resultar contradictorias y que poseen límites difusos

31 Dice la Sala: “A tal efecto es preciso identificar cuál es la base cierta que genera esa confianza, y tal base se advierte no en una sucesión más o menos genérica de mandatos normativos que evidencian una inequívoca voluntad de fomento, sino en un dato cierto (...) de confianza legítima, respecto de la seguridad jurídica (...) en materia regulatoria, (...) tal principio constitucional es compatible con los cambios normativos, sin que pueda invocarse como freno a las modificaciones normativas; (...) Es lógico que ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes (...) y no puede oponerse a ello meramente el valor de la ‘seguridad jurídica’. 4º Que si la Administración fija inicialmente estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad, posteriormente y ante nuevas circunstancias, puede ajustarlos o corregirlos (...) si los operadores que actúan en régimen de libre mercado habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda, los productores de régimen especial –que tenían reconocida su entrada preferente en el sistema– no podían esperar quedar inmunes al cambio de circunstancias (...), siendo exigible soportar lo que viene a denominarse riesgo regulatorio. Esta alterabilidad del marco regulatorio elimina la antijuridicidad de un posible daño pues el operador debe contar con esa hipótesis de cambio, lo que se atemperaría, además, con las indudables ventajas que supone acogerse a un régimen retributivo desarrollado en todo o en parte al margen de mercado”.

referidos al alcance de “lo sorpresivo” “lo adquirido” “lo previsible”, en suma de la justificación y alcance del concepto de seguridad jurídica<sup>32</sup>, dependiendo por lo tanto de los diversos pronunciamientos el alcance dado a los conceptos que se utilizan, ya que la premisa –permítaseme calificarla de aparente– de la que se parte es el criterio de justicia en la reparación.

La Confianza Legítima protege, por lo tanto, más que el derecho adquirido e incorporado al patrimonio del sujeto y a la genérica seguridad jurídica, las expectativas (determinadas), e implica el reconocimiento de reparación cuando los órganos competentes no han tenido en mira –en forma previa o coetánea con los cambios– un régimen transitorio que cohoneste los efectos negativos con relación a las actividades que los sujetos afectados hubiere hecho amparados a la luz del actuar anterior.

2. Esta justificación, a contrario del resto de las estructuras utilizadas, no halla parangón en el *Derecho Argentino*, donde la base constitucional se afincan en la inviolabilidad del derecho de propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional, CN), se relaciona directamente con la existencia de un derecho y no con expectativas.

En el sistema argentino, para evaluar la aceptación o no de la Confianza Legítima como justificación de la responsabilidad del estado, deberá considerarse si se ha arribado a una interpretación extensiva al concepto de derecho adquirido/ propiedad que justifique reparación económica<sup>33</sup>.

La CSJN en escasos precedentes ha incluido el concepto de “confianza legítima”, y lo ha hecho sea a los efectos de analizar la extensión de la reparación<sup>34</sup>, sea como eventual base del derecho indemnizatorio<sup>35</sup>, mas ello no implicó reconocimiento como fundamento; desestimándose el carácter equiparable al

32 Ver Tribunal Supremo Sala en lo Contencioso Administrativo en la Sentencia 66/2016 del 21/01/2016 (recurso 515/2012), en lo que hace al análisis de la previsibilidad de la normativa y la consiguiente inviabilidad del perjuicio alegado con fundamento en la violación de la confianza legítima.

33 Ver tratamiento integral en COVIELLO, PEDRO, “Confianza Legítima”, *Estudios Jurídicos*, N° 11, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2013, ps. 9 -70, ISSN 1688-3225.

34 Ver “Corporación Inversora Los Pinos c/ MCBA”, Fallos: 293:617, donde expresó: “si (...) el sacrificio de los intereses de los particulares se hace en el interés público, sin que paralelamente el patrimonio de la administración se vea incrementado, sólo viene a resultar atendible el interés negativo, que limita el resarcimiento a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido (daño emergente) pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante)”.

35 Ver “Revestekc/ EN”, Fallos: 318:1531, la actora, empresa dedicada a la importación de acero cuestionaba la modificación del régimen cambiario (devaluaciones pautadas) afincándose en que las autoridades económicas había afirmado su permanencia, la mayoría requirió la necesidad de acreditar una lesión a una situación jurídicamente protegida, la disidencia consideró tutelable la legítima expectativa.

de derecho adquirido y su concomitante resguardo a la luz del derecho de propiedad por no mediar lesión a una situación jurídica protegida y consolidada. A su vez el Máximo Tribunal<sup>36</sup>, a fin de evaluar la aplicación retroactiva de normas que suspendían primero y eliminaban luego un régimen compensatorio que la actora estimó como integrado a su patrimonio (y tutelada por el artículo 17 de la CN), consideró que sólo mediaba un derecho en expectativa, por cuanto no había mediado aprobación expresa, requisito necesario para la existencia del derecho. Es decir no se otorgó tutela a la invocada “confianza legítima”, al no conformarse el derecho en el sujeto reclamante.

Distinto es el tratamiento otorgado por nuestra CSJN en otros casos<sup>37</sup>, donde hizo lugar a la demanda entablada (daños y perjuicios por actividad ilícita de la administración), al entender que la violación de la expectativa tornaba en ilegítimo el actuar administrativo; o cuando al tratar los poderes de emergencia que habilitaron cambios normativos hizo mención –si bien *obiterdictum*– a la “confianza”<sup>38</sup>, confianza a la que se sujetó al resolver otro de sus precedentes

36 *In re*, “Jugos del Sur” (12/08/2008), Fallos: 323:3784: Se cuestionaba la invalidez del acto administrativo de la ex-Subsecretaría de Industria y Comercio Exterior, por el cual le denegara a la actora su inscripción en el Registro de Contratos de Operaciones de Exportación, invocando un derecho adquirido al mantenimiento de la normativa de Seguro de Cambio, se resolvió en forma contraria a su pretensión (por Ley 23.101 se previó un ajuste compensador que “garantizaba el contravalor” en los contratos de operaciones de exportación celebradas y “en firme”, esa garantía se extendía a la “vigencia total” del contrato; luego por Decreto 526/85 se dispuso que el tipo de contratos amparados eran los que se registraran dentro de los 30 días de su entrada en vigencia La solicitud de inscripción se efectuó vigente el sistema y se denegó cuando la Ley 23.697 había suspendido los beneficios-luego derogados por Decreto 2032/91). La Corte expuso “al momento del registro de las actuaciones aún no se encontraba configurada definitivamente una situación jurídica individual (...), sino sólo un derecho en expectativa dado por la posibilidad de que aquella se viera beneficiada, luego de cumplirse con los recaudos impuestos (...) Es menester tener en cuenta que no existen derechos adquiridos tutelables (...) cuando los recurrentes solo tienen una mera expectativa”.

37 “Industrias Madereras Lanín c/ EN”, Fallos: 298:223 (La Dirección de Parques Nacionales había autorizado a realizar un estudio e inventario forestal en un área del Parque Nacional Lanín, como paso previo a determinar un área de aprovechamiento a explotar. Requerida la concesión la Administración invocó prohibiciones normativas). La Corte interpretó que si bien no mediaba concesión, la Administración no había obrado de modo regular ya que al otorgar la autorización era dable presumir implícitamente que podía otorgar la concesión.

38 “Provincia de San Luis c/ EN”, Fallos: 326:417 (Amparo promovido por la Provincia solicitando la restitución, en su moneda de origen –dólares estadounidenses–, de fondos públicos depositados en el Banco de la Nación Argentina, impugnando el bloque normativo conformado por el Decreto 214/02, reglamentario de la Ley de Emergencia 25.561, dispuso la conversión de las imposiciones bancarias en moneda extranjera). El Tribunal en tal contexto entendió, –*obiterdictum*– que “la llamada ‘intangibilidad de los depósitos’ sancionada por la Ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobreabundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad. Ello, porque la enérgica redacción de dichas normas revela innegablemente la existencia

(Sevel Argentina)<sup>39</sup>, cuando teniendo que pronunciarse sobre la obligatoriedad de una tasa, analizó la vigencia de la norma a la luz de la generación *de expectativas* producidas en el sujeto el contexto de disposiciones interrelacionadas y actuaciones administrativas no vinculantes<sup>40</sup>.

A partir de los precedentes mencionados no se puede establecer una doctrina jurisprudencial pacífica del Tribunal sobre la extensión de la tutela a la “confianza legítima”, pero por sobre tono no se avizora su consideración como imbricada con el derecho de propiedad, base del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su actividad normativa lícita.

3. *Concluyendo*, y por lo hasta aquí dicho, en ambos sistemas, fuera de las diferencias apuntadas la fundamentación encuentra su cauce en reglas o principios derivados de la Constitución, más ello no implica que –posteriormente– sea por vía legal o constitucional se diseñe un esquema de presupuestos o requisitos de procedencia para viabilizar la reparación que el actuar lícito o ilícito de los poderes públicos (de no haber el constituyente agotado el tratamiento). Es que fundamentación y presupuestos difieren, el primero es la justificación última de la responsabilidad, los segundos son los requisitos que hacen a la viabilidad de la reparación como consecuencia del actuar o la omisión (lícito/a o ilícito/a).

A título de ejemplo, podemos afirmar que, en cuanto a la mentada diferenciación, la doctrina argentina si bien ha entendido una justificación con base constitucional unívoca, posteriormente, en los casos de responsabilidad por actividad lícita asentó el factor de atribución en la ausencia del deber jurídico de soportar el daño y requirió que el daño –para su configuración– constituya un sacrificio especial<sup>41</sup>, presupuestos no requeridos cuando de actividad ilícita se trata.

En sentido contrario el sistema español ha considerado a tales requisitos como obstativos a la configuración de la procedencia, mas deslindados del fundamento último, sea este el artículo 9.3, el 33.3.

---

de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando para lograr ese objetivo un intenso grado de confianza que, en forma casi inmediata, el poder público defraudó con el dictado de las normas aquí cuestionadas....”.

39 Fallos: 319:2185.

40 Frente a la pretensión de cobro de un arancel compensatorio por actos de control e inspección establecido por Decreto-Ley 8655/63 y mantenido bajo la vigencia de la Ley 19.135, régimen luego sustituido por la Ley 21.392 y el Decreto 203, que había creado un sistema promocional de “intercambio compensado”, entendió la CSJN que tratándose de leyes sucesivas, que legislan sobre la misma materia, la omisión de la última, de disposiciones de la primera, importa seguramente dejarlas sin efecto, cuando la nueva ley crea un sistema completo, más o menos diferente del de la ley antigua y evaluando luego las actuaciones administrativas afirmó que la “conducta administrativa ha podido suscitar la razonable confianza en la derogación de la tasa...”.

41 Ver CASSAGNE, “Los principios...”, op. cit., p. 62.

El primer sistema utiliza tal presupuesto en la responsabilidad por actividad lícita, el segundo como presupuesto general; pero ello no impide que el criterio de fundamentación (en ambos ordenamientos) sea constitucional.

Vale decir que el fundamento no se subsume en uno de sus presupuestos, lo excede y siendo así todo el esquema se encuentra fuertemente imbuido no sólo por el derecho público sino por la función que hoy en día le cabe al Estado dentro del Estado Constitucional de Derecho y enmarcado en las profundas transformaciones de las relaciones entre el Estado y la sociedad<sup>42</sup>.

En suma es la Constitución la que da los elementos normativos para configurar un soporte como componente autónomo del deber de reparar.

La eventual regulación de presupuestos o limitación cuantitativa no se justifica negando el fundamento constitucional de la Responsabilidad del Estado y haciéndole perder su carácter social; sino por vía del tratamiento que se efectúe de los presupuestos o requisitos y será una decisión de los poderes públicos (Constituyente y Constituido según corresponda).

#### **IV. RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN**

Llegados a este punto entiendo que deberá evaluarse si la diferenciación doctrinaria elaborada en cuando a los conceptos de responsabilidad y reparación, ha tenido recepción en los sistemas en estudio y a las eventuales consecuencias que de ello se derivarían.

Se ha diferenciado, independientemente ya del fundamento, la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita de la indemnización que debe éste otorgar en virtud de la lesión que su actuar lícito provoque.

De aceptar el distingo entre la “teoría de la responsabilidad” y la “teoría de la indemnización”, deberán considerarse los efectos en lo que hace a los presupuestos configurativos y las consecuencias.

En suma ¿hablar de responsabilidad e indemnización es lo mismo? Y si es así, ¿los presupuestos son idénticos?, o por el contrario mediando diferencia de origen los presupuestos también pueden resultar disímiles.

42 “... En la tradición liberal se concibió al Estado de Derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre políticos (...) mientras el estado de derecho liberal debe solo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas (...) Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías (...) las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones, permiten por el contrariopretender o adquirir condiciones sociales de vida...” (ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed Trotta, Madrid, 2004, p. 860-862). Es que “la principal consecuencia de la consideración social del Estado es la multiplicación de las obligaciones (...) que no puede limitarse a contemplar las consecuencias del libre mercado (...) Muy por el contrario, la Administración del Estado Social es, por definición, una organización interventora...” (ver RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Derecho Administrativo económico*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 143).

En tal sentido, CASSAGNE ha entendido que si se logra un fundamento común y unitario, no se justifica la distinción entre responsabilidad e indemnización ya que "... ambas figuras pretenden explicar los supuestos en que el Estado restituye un desequilibrio causado por un daño en el patrimonio de los administrados. A lo sumo, si hay distinciones y matices en punto a la medida de la reparación, sea que se trate de actividad legítima o ilegítima, no se justifica una diferencia sustancial en el fundamento de ambos tipos de responsabilidad..."<sup>43</sup>.

Desde una perspectiva diferente, GARRIDO FALLA ha afirmado que el instituto de la responsabilidad tiene su origen en la actividad ilícita productora del daño, es decir mediando inexistencia de título justificativo del actuar, habrá violación al orden jurídico y si bien la fundamentación última se asienta en preceptos constitucionales la actividad u omisión misma del productor del daño es ilícita, mientras que en la indemnización media una reparación debida al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una facultad, a la que se ha dado en llamar conversión forzosa, y de la cual el máximo exponente es la expropiación<sup>44</sup>.

Las consecuencias de la diferenciación se proyectarían no sólo en los presupuestos y su tratamiento, sino en el hecho de que, aceptada la responsabilidad, se arriba a la reparación del daño, mientras que cuando media indemnización como consecuencia del sacrificio del derecho en beneficio de la comunidad, lo que se otorga es una compensación<sup>45</sup> y ello podría incidir en la extensión de la reparación y en sus presupuestos.

A su vez, si normativamente no media diferencia entre la reparación por responsabilidad y la compensación por indemnización, se tratará de un problema teórico sin incidencia fáctica.

1. En lo que al *Derecho Argentino* se refiere, la Ley de Responsabilidad del Estado (aplicable en el ámbito federal), ha plasmado la asimilación terminológica, expresamente dispone el artículo 1 que "... esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas..."<sup>46</sup>.

43 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 471-472.

44 GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 4ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 238 y ss.

45 Tal ha sido, a mi entender, el criterio utilizado en la órbita federal por la Ley 21499 (Ley de Expropiación) en su artículo 10 al establecer que: "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante".

46 El citado artículo dispone "Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad

Sin perjuicio de lo expuesto, la diferenciación<sup>47</sup>, no receptada terminológicamente, si lo ha sido al haber otorgado un tratamiento disímil a los presupuestos y consecuencias del actuar (u omisión) del Estado según éste sea considerado lícito o ilícito (requisitos especiales para la configuración de la “responsabilidad” y previendo en el primer supuesto una reparación integral y en el segundo una indemnización limitada).

Por su parte, de las fuentes jurisprudenciales ya reseñadas (en notas al pie del presente), resulta evidente que la construcción de la responsabilidad por actividad lícita del Estado ha reconocido tal diferenciación; sin hacer uso de divergente conceptualización<sup>48</sup>.

Este es el esquema con que la Ley 26.944 ha tratado los presupuestos y sus consecuencias<sup>49</sup>.

2. En cuanto al sistema de responsabilidad vigente en España ya se expuso que, si bien no en forma unánime, se ha aceptado su justificación sobre la base de la responsabilidad de los poderes públicos reconocida por los artículos 9.3., 33.3 y 106 de la CE, no se ha desarrollado la incidencia del término “indemnización” consignado en los artículos 121 y 33 de la CE, como de entidad diferenciada con relación a la “lesión” del artículo 106.

A su vez el artículo 139 de la LRJPAC habla de “indemnización” para tratar los efectos de las lesiones provocadas por actos contrarios o acordes a derechos; a su vez la inclusión en su apartado 3 de los presupuestos y alcances de la responsabilidad por actuar legislativo no expropiatorio (reconocido en forma acotada al igual que hoy lo hace el artículo 32 de la LRJSP) no se diferencia esencialmente de los establecidos en forma general (salvedad hecha al requisito de reconocimiento expreso de la ley).

Por otro lado la LEF de 1954 no reguló solamente la expropiación, sino la reparación para los supuestos de lesión a un interés patrimonial por exigencias de orden público, sin diferenciación terminológica (utiliza el término

---

del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.”

47 Véase tratamiento detallado en GARRIDO FALLA, FERNANDO, op. cit., ALESSI, RENATO, *Instituzionale del Diritto Amministrativo italiano*, 3ª ed., Sistema, Milán, 1960.

48 La jurisprudencia ha requerido para la procedencia de la responsabilidad por actividad ilícita como presupuestos los siguientes: 1. Falta de servicio (por acción u omisión), 2. Imputabilidad, 3. Causalidad adecuada, 4. Daño cierto; mientras que cuando de actividad lícita se ha entendido que debe considerarse el sacrificio especial y la falta del deber jurídico de soportar el daño y en diversos precedentes ha configurado con estrictez la causa –requiriendo su exclusividad– (ver “Vadell”, Fallos: 306:2030, “Columbia”, Fallos: 315:1026, “Ledema”, Fallos: 312:2022).

49 Ver artículos 3, 4 y 5.

“indemnización”), generando una relación o vinculación entre expropiación forzosa y la responsabilidad extracontractual del Estado en tales supuestos. Por lo tanto, tanto del ordenamiento anterior, como del que entrará prontamente en vigencia, se infiere que existen presupuestos comunes a la responsabilidad por actuar antijurídico y lícito (1. Lesión en bienes o derechos, 2. Falta del deber jurídico de soportar el daño o imprevisibilidad técnica o científica, 3. Daño efectivo evaluable económicamente e individualizado)<sup>50</sup>, con una única mención especial, cual es el de las normas de naturaleza “no expropiatoria”. Especial tratamiento también merece (en la nueva norma) los supuestos de responsabilidad por norma declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea (artículos 3.3 apartados a y b, 3.4, 3.5. y 3.6. de la Ley 40/2015), previendo en todos los supuestos la reparación bajo el concepto de “indemnización”.

Todo ello, más allá de conllevar una política legislativa limitativa del reconocimientos de reparación cuando se trata de actividad legislativa no expropiatoria, no denota un tratamiento en esencia diferenciado; con la salvedad hecha al presupuesto de exigencia de ley, lo que tiende a presuponer una tendencia limitativa basada en la creencia de la inexistencia de presupuestos constitucional o de la inviabilidad de equiparar los efectos que una responsabilidad objetiva (aplicada a los actos normativos); pero en modo alguno puede inferirse como reconocimiento de una tipología como la planteada *ab initio*.

Hasta aquí tenemos entonces una responsabilidad con un esquema único, afinada en el concepto de lesión como daño antijurídico.

No parece entonces que el establecimiento de una estructura diferenciada se haya plasmado normativamente.

3. Restaría, para arribar a una provisoria conclusión al respecto, evaluar si la conceptualización de las leyes según posean naturaleza “expropiatoria” o “no expropiatoria” arroja alguna luz sobre el conflicto.

Las primeras son las que privan a un titular de derecho del mismo, las segundas parecen dirigidas a aquellos sujetos que sufren daños, sin que ello implique la pérdida o supresión de su derecho o interés.

Para que una ley sea considerada expropiatoria o de tal naturaleza deberá estarse frente a inmisiones directas o indirectas privativas, es decir que “eliminan” o “afectan” al denominado carácter “perpetuo” del dominio<sup>51</sup> y el texto

50 Se advierte del juego de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992, en consonancia con los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015.

51 A nivel de la doctrina argentina, MARIENHOFF ha dicho que “... El cambio del derecho objetivo, el establecimiento de una nueva regla jurídica en cuyo mérito el derecho de propiedad privada sufra un deterioro o menoscabo, sea en su carácter ‘exclusivo’ o en su carácter ‘perpetuo’, sólo será lícito –y se mantendrá dentro de los límites de la juridicidad– en tanto sean adecuadamente respetados los respectivos derechos patrimoniales, cuya inviolabilidad surge de la Ley Suprema. En

de la LEF hace referencia a “cualquier forma de privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimo”<sup>52</sup>. Así la doctrina ha entendido que una norma poseerá naturaleza expropiatoria y generará derecho a indemnización si produjere un daño o perjuicio al particular en intereses o bienes, y será de naturaleza “no expropiatoria” si se priva a sujetos de determinadas actividades por modificación del ordenamiento jurídico<sup>53</sup>.

Se ha afirmado que “... una vez que el ordenamiento jurídico reconoce determinadas situaciones jurídicas de contenido patrimonial o regula una concreta forma de propiedad, el 33 asegura su conservación y mantenimiento frente al poder público y, desde luego, su conversión en su equivalente económico en caso de privación (artículo 33.3 CE)”<sup>54</sup>. Por ello se garantiza indemnización frente a una privación singular de bienes o derechos de contenido patrimonial, ampliando el ámbito material de la protección de los dominios (en su interpretación tradicional), asegurando que la norma –manifestada expresamente o no como expropiatoria– posea tal naturaleza si la afectación desborda el contenido mismo del derecho que afecta<sup>55</sup>, sin importar entonces la transferencia dominial y si la desnaturalización del contenido del derecho.

Se ha entendido que se encuentran excluidos del concepto normativo de expropiación las privaciones generalizadas que pudieran efectuarse por vía legislativa, sin perjuicio de lo cual todas las formas de indemnización por expropiación en sus distintas modalidades están resguardadas en el artículo 33.3. de la CE<sup>56</sup>. Una primera aproximación al tema me lleva a que la clave de la diferenciación (entre normas de naturaleza expropiatoria y no expropiatoria) –si bien resulta de difícil conceptualización si se trata de parangonar lo ya dicho con el sistema argentino–, no se posa en la configuración del concepto de derecho adquirido y su relación o aplicación analógica con la pérdida de la propiedad (por lo que podría entenderse de naturaleza expropiatoria), ya que ello llevaría a englobar toda privación efectiva del mismo en las normas de naturaleza expropiatoria; sino en el carácter singular (artículo 1) –a pesar del artículo 121– y en el

---

nuestro país, el mero cambio del derecho objetivo, o el establecimiento de una nueva regla de derecho, en modo alguno pueden constituir título suficiente para que los particulares o administrados pierdan -en todo o en parte-, sin resarcimiento, el dominio sobre cosas o bienes que les pertenezcan. Esto implicaría un despojo o una confiscación encubierta”, op. cit. T. IV, p. 111.

52 Artículo 1.

53 Ver ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “La indemnización en las nacionalizaciones”, *RAP*, N° 100-102, enero-diciembre, 1983, ps. 2789-2815, en especial p. 2814.

54 Ver BARNES, JAVIER, “Derecho de Propiedad en la Constitución Española de 1978”, en *La Garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 28.

55 Ver autor y obra citada, p. 38, notas 64 y 65.

56 Ídem, p. 54.

desarrollo doctrinario de la consideración de expectativas referidas al mantenimiento de una situación jurídica determinada, las cuales no tendría cabida en la ley expropiatoria.

Tal construcción posee sus raíces en la evolución que el sistema de reparación ha tenido en el Derecho Español, así la ampliación de supuestos de reparación pasando de las leyes de naturaleza expropiatorias a aquellas que carecen de tal alcance, y que fuera plasmado en el artículo 139.3 de la LRJPAC, implicaba la justificación de la reparación más allá de las normas inconstitucionales o contrarias a derecho y referidas a situaciones que el devenir doctrinario y jurisprudencia entendía como no amparados por la ley de expropiación.

Toda construcción se basa en la existencia de una “lesión antijurídica”, sin efectuar tratamientos diferenciados.

4. Distinta fue la evolución en el Derecho Argentino, donde se relacionó a la reparación en forma directa con el concepto de derecho de propiedad. Cuando de actuar lícito se refiere el mismo se tutela por medio del resguardo del “derecho adquirido” y por lo tanto la indemnización se vincula a la pérdida de ese derecho, cuyo resguardo posee justificación constitucional (artículo 17).

La distinción entre leyes de naturaleza expropiatoria y las que no lo tienen, guarda justificación si se pretende ampliar el espectro de la tutela y a su vez se parte de un presupuesto limitativo del concepto de privación por expropiación. Si la ley afecta un derecho de contenido patrimonial (entendido en sentido amplio, como todo interés que posee una persona fuera de su vida y de su libertad)<sup>57</sup>, independientemente de su texto su naturaleza será expropiatoria y generará derecho a reparación, este es el sistema del Derecho Argentino, el que a su vez se encuentra desvinculado —en lo que a la reparación se requiere— de la previsión legal habilitante, y hasta el momento no tutela expectativas.

Llegados a este punto vemos que no media una alteridad entre los presupuestos de la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita e lícita, que la diferenciación entre normas de naturaleza expropiatoria y las que no lo son, más allá de la terminología utilizada, no se advierte como sustancial.

5. Por lo tanto en el *Derecho Español* el término indemnización se utiliza para todo tipo de reparación, sea por actividad lícita o ilícita, la valoración del perjuicio se efectúa por remisión a la LEF y éste se vincula directamente con el concepto de lesión.

Reitero la única característica que diferencia a los diversos supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Español (evaluados con el alcance limitado del presente trabajo) es la remisión al legislador cuando de entender y cuantificar se trata los daños provocados por normas lícitas

57 Ver nota 20.

“no expropiatorias”, y la recepción de la viabilidad de “compensación”<sup>58</sup>, de lo expuesto se infiere que el complejo normativo no prevé un tratamiento diferenciado equivalente al que posee el sistema argentino.

## V. EXTENSIÓN DEL DAÑO

Aclarado lo expuesto en los puntos precedentes, resta evaluarse si ha mediado en los distintos sistemas una diferenciación en la reparación asentada en el carácter lícito o ilícito del actuar. Es decir si se refleja en el daño una conceptualización diversa.

Recordemos que se entendió que la base iuspublicista no impide establecer distingos en los presupuestos, salvo que medie impedimento constitucional.

1. En cuanto a los alcances de la reparación por el actuar estatal legítimo el Derecho Argentino, y más precisamente la Ley Nacional tomo una posición limitativa, partiendo para ello de un concepto de excepcionalidad; debe destacarse que el texto en primer término establece los requisitos para la procedencia de la reparación, requisitos estos no comunes a los que corresponden al actuar ilícito<sup>59</sup>. Para luego afirmar como punto de partida que “la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional”<sup>60</sup>; tal afirmación hace al presupuesto del que se parte, cual es que el actuar legítimo no puede provocar –como regla– daño, y que siendo que se encuentra inspirado en los intereses del colectivo, lo lógico y habitual es que todos sus miembros soporten los inconvenientes que se ocasionan, sin que medie reparación al respecto; se trata entonces de daños ordinarios o comunes que se justifican en la existencia misma de la sociedad.

La excepcionalidad es lo que condiciona la exigencia de presupuestos de mayor estrictez, los que a su vez se afinan en inveterada jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal (sacrificio especial y falta de deber jurídico de soportar el daño).

Así lo excepcional no es la reparación, sino que el actuar legítimo produzca daños de entidad y característica tal que conformen un basamento fáctico que exceda la tolerancia que los sujetos que constituyen el colectivo deben tener frente a las modificaciones normativas (entendidas en sentido amplio) ajustadas a derecho.

En lo que hace al daño, él debe ser “cierto, actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero”<sup>61</sup>, tal mención implica la exclusión de daños no actuales (futuros), y se relaciona con la producción ya operada

58 Artículo 141 de la LRJPA.

59 Ver nota 49.

60 Ver artículo 5.

61 Conf. artículo 4, cuando de actividad lícita se refiere la normativa sólo requiere que el daño sea “cierto” y “debidamente acreditado (...) y mensurable en dinero” (artículo 3).

del daño excluyendo los efectos no concretados, independientemente de su producción obligatoria y futura.

Este esquema se ve completado con lo dispuesto en el artículo 5<sup>62</sup>, ya que por el mismo se dan ciertas precisiones (consideración del valor objetivo del bien, daños directos e inmediatos, exclusión de circunstancias personales, valores afectivos, ganancias hipotéticas, y expresa del lucro cesante –“en ningún caso”–).

Este criterio considero que parte de diversos presupuestos; primero el entender que en esta subespecie de responsabilidad extracontractual del Estado, la regla es la excepcionalidad; segundo, que nos encontramos frente a una asimilación al instituto expropiatorio y que por lo tanto hay molestias “tolerables” y otras que, solamente serán indemnizables cuando medie sacrificio especial diferenciado que vulnere la garantía de igualdad ya que este será el precio por la convivencia social, y que –por lo tanto– el afectado no tiene el deber de soportar.

Este ha sido el criterio de la CSJN<sup>63</sup>, tanto para la actividad normativa como a toda aquella considerada regular o conforme a derecho y productora de daño<sup>64</sup>.

62 Ver nota 49.

63 En Fallos: 180:107 (“Establecimientos Americanos Graty”), frente a daños causados en virtud de una norma que había aumentado los derechos aduaneros alterando el equilibrio de relaciones preexistentes afirmó “el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los existentes, (...) puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancias sea obstáculo contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía –la de la propiedad privada- que no puede interpretarse con semejante extensión...” (p. 113). La Teoría del Sacrificio especial ha sido desarrollada en diversos pronunciamientos, en Fallos: 248:79 (“Carlos Reisz y Cía.”), donde en virtud de una norma no cuestionada por la cual se alteró la relación contractual existente (modificación del precio de la avena), y habiendo la actora reclamado daños y perjuicios, el Tribunal entendió que si la Administración “... en ejercicio de facultades cuya legitimidad no se cuestiona (...) producía actos que necesariamente incidirían en el objeto del contrato, como contratante debió proveer a los medios que restablecieran las bases de esa contratación (artículo 1198, Código Civil) conciliando de ese modo sus obligaciones contractuales con el ejercicio de facultades gubernamentales...”. Ver también Fallos: 293:617 (“Corporación Inversora Los Pinos”), Fallos: 315:1026 (“Columbia SA de Ahorro y préstamo para la vivienda”), Fallos: 316:397 (“Buenos Aires Eximport”), Fallos: 318:1531 (“Revestek”), entre otros.

64 En Fallos: 317:1233 (“Román SAC”), donde la actora reclamaba daños y perjuicios en virtud de la medida cautelar dictada en un proceso penal, la CSJN entendió que “... la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización (...) no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesaria 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, en consecuencia, sólo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales 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 del artículo 17 de la Constitución Nacional...”, criterio reiterado en Fallos: 330:2464 (“Pistone, Ciro”), donde desestimó la indemnización afincada en el actuar de funcionarios públicos denunciantes en una causa penal en el que

La ley receptó la postura de parte de la doctrina que, con fundamento en que, frente a la falta de disposiciones expresas correspondía la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones (Ley 21.499)<sup>65</sup>.

Se entendió entonces que si en ambos supuestos (expropiación y actuar legítimo del estado) se generaba la afectación o ablación lícita de derechos la solución prevista para la expropiación resulta una consagración ajustada a derecho.

La ley no consideró, las voces que requerían la reparación integral y que no habían suscripto una interpretación analógica de norma restrictiva aplicable al régimen expropiatorio, por entender que en la expropiación se requiere de ley y pago previo para el perfeccionamiento de la desposesión, más aún cuando tal postura implicaba tratar bajo el mismo parámetro la actividad lícita causante de daño y proveniente tanto de la Administración como del cuerpo deliberativo<sup>66</sup>.

La cuestión (antes del dictado de la norma) fue abordada en diversos precedentes del Máximo Tribunal, donde primeramente se optó por la aplicación del criterio limitativo<sup>67</sup>, derivando hacia la apertura a una indemnización más amplia reconocida *–obiter–* en otros precedentes<sup>68</sup>.

Lo cierto es que, a mi entender la CSJN en sus últimos precedentes destacó las reglas que regulan el alcance de la reparación, partiendo del presupuesto de

---

fuera imputado y sobreseído, a su vez en Fallos: 318:385 (“Rebesco, Luis Mario”), reclamo de daños y perjuicios sufridos por impactos de bala recibidos –por un tercero– producto de un enfrentamiento entre efectivos policiales y supuestos delincuentes, el Tribunal afirmó “... el accionar del personal policial se encuadró en el marco de su función específica (...) al producir en ese ejercicio una lesión a los bienes o a la persona de alguno de sus integrantes es de estricta justicia que la comunidad los afronte (...) porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo...”; en Fallos: 321:3363 (“Azzetti, Eduardo Narciso”, daños y perjuicios pretendidos por un miembro de las fuerzas armadas en virtud de su participación en el conflicto armado Atlántico Sur), afirmó que: “Los daños producidos por el hecho de guerra que recaen sobre un sector de la colectividad –el militar de carrera– y no en una persona o grupo limitado, no configuran un supuesto de sacrificio especial ni su reparación se podría sustentar en el equilibrio en el reparto de las cargas públicas”.

65 Postura ésta asumida por MARIENHOFF, MIGUEL, op. cit. (nota 1), y con desarrollo específico en “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, ED T 114-953 y “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado” en LL 1991-C. Sec. Doctrina; COMADIRA, JULIO, op. cit. (nota 1), CASSAGNE, JUAN CARLOS, op. cit., p. 460, con la salvedad de la extensión que le otorga al concepto del valor objetivo del bien (comprensivo de su aptitud de producción o rentabilidad potencial).

66 Ver BIANCHI, ALBERTO B. “Nuevos Alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado”, en E.D T. 111-550, MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La Responsabilidad Pública*, Ed. Abaco. Buenos Aires, 2001, p. 131 y ss.

67 “Cantón, Mario c/ Nación Argentina”, Fallos: 301:403, “Motor Once SACI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 312:649, “Petruccelli Fidel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 312:956. Ver a su vez disidencia de la Dra. HIGHTON DE NOLASCO en “El Jacarandá”.

68 “Sánchez Granel c/ Estado Nacional”, Fallos: 306:1409, “El Jacarandá c/ EN”, Fallos:

que no se trata de una responsabilidad objetiva que justificaría la reparación del daño con la mera acreditación de la relación de causalidad, sino que:

- a) Solo se indemnizan los daños que resulten consecuencias anormales, –que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales–, y constituyan por ello sacrificio desigual que no debe tolerarse,
- b) La compensación se funda en la violación al derecho de propiedad, de resguardo constitucional, el cual no implica que en el ordenamiento exista un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones ni a su inalterabilidad,
- c) Consecuentemente la totalidad de los daños (emergentes y lucro cesante) deben subordinarse a la acreditación de especialidad.

Parecía la jurisprudencia ir en un camino de apertura hacia una reparación amplia, lo que no fue receptado por la norma. El *lucro cesante* ha sido excluido.

Por lo tanto, en lo que hace al *daño patrimonial*, este resulta procedente siempre y cuando sea actual (no futuro) y cuantificable, más las precisiones dadas en el artículo 5to segundo párrafo y referidas al valor objetivo del bien, no arrojan luz al respecto. La asimilación a la expropiación (de donde el articulado copia el texto) no resulta comprensiva de todos los supuestos (recordemos el concepto amplio de propiedad para la CSJN), y a su vez debe ser leído en consonancia con el criterio general del artículo 4 y por lo tanto deberá ser interpretado en forma tal que no genere colisión.

Así, cuando se habla de daño actual y valor objetivo del bien, si evaluamos la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, la expropiación genera una deuda de valor (no de dinero), ya que lo que se adeuda es la cantidad necesaria para adquirir el bien expropiado, más el daño emergente en caso de existir, es que la indemnización justa hace a mantener intangible el patrimonio del afectado.

Esa será la pauta sobre la que los tribunales evaluarán la constitucionalidad de la norma.

En cuanto al daño moral, si bien el artículo 4 hace referencia al daño cierto (sin diferenciar al patrimonial del moral), el 5 en su segundo párrafo alude al valor objetivo de los bienes, con la exclusión de cuantificación de valores afectivos. Al respecto, y si bien la jurisprudencia no se ha pronunciado aún al respecto, entiendo que el párrafo debe ser interpretado en forma restrictiva, sea referido

---

328:2654, “Zonas Francas Santa Cruz c/ EN”, Fallos: 332:1367, y “Malma Trading c/ EN”, Fallo del 15/05/2014 (si bien el primer fallo se refiere a la actividad contractual del Estado y en los restantes la postura ha sido expuesta *obiterdictum*. A su vez en el precedente “Juncalán c/ Buenos Aires”, Fallos: 312:1409, el voto del Dr. BAQUÉ justificó su procedencia en cuestiones fácticas (rentabilidad del campo inutilizado por), afirmando que “... no debe ser aplicada mecánicamente, sin admitir excepciones”.

a supuestos de incidencia exclusiva sobre bienes, sea por la naturaleza de las personas jurídicas, y siempre a la luz del mismo párrafo que hace referencia a las consecuencias directas e inmediatas, de manera que el principio general del artículo 4to no se vea afectado.

Así en el Derecho Argentino, si bien con corrientes de opinión encontradas, el legislador ha optado por una indemnización limitada y presupuestos agravados.

2. Distinto ha sido el enfoque del que parte la normativa y doctrina en España.

El *Derecho Español* centra en la antijuridicidad del daño la reparación, el concepto de lesión se construye sobre la base de la efectividad del daño, su valuación económica y su no generalidad.

La antijuridicidad se relacionada con la inexistencia del deber de soportar el daño, ya que el mismo debe ser particular y diferenciado, no bastando cualquier molestia o alteración, es decir debe mediar una “interferencia calificada”, este parámetro general resulta del juego armónico de los artículos 139 y 141 de la LRJPA, así como también de los artículos 32 y 34 de la LRJSP.

El perjuicio efectivo (como no hipotético, potencial o conjetural), evaluable económicamente e individual será indemnizable, sea el origen el actuar lícito o ilícito, incluyéndose daños materiales y morales.

A su vez las normas (artículos 141.2 y 34.2 de los cuerpos legales ya mencionados) efectúan una remisión a la “...legislación de expropiación forzosa... fiscal y demás normas aplicables...” a los efectos del cálculo indemnizatorio.

Si verificamos tales previsiones nos encontramos con que el concepto de “justo precio” de la LEF (artículo 24) guarda relación con el valor real (artículo 43), relacionado con el beneficio promedio o valor técnico –cuando de empresas se refiera– (artículo 40), incluyéndose en todos los supuestos, y como previo un porcentual extra (artículo 47).

En ninguna de estas normas se consiga una división entre los diferentes rubros que integran la indemnización. Lo que amerita algunas consideraciones.

En principio fue la jurisprudencia la que construyó el concepto de reparación integral, con fundamento en los artículos 106.2 y 139.1 de la Ley 30/92, estructurando un sistema amplio de reparación, donde los requisitos hacen a la configuración del daño, sin mediar limitación en cuanto a los rubros reclamados, se apunta a lo que se ha denominado “valor de reposición o sustitución”<sup>69</sup>.

Así en el esquema expropiatorio se ha incluido el daño moral y las Sentencias del TS, en una consolidada doctrina, han considerado que el mismo se halla comprendido dentro de la reparación expropiatoria, por vía del porcentaje de

69 Ver REBOLLO, LUIS MARTÍN, “Fundamento y Función de la Responsabilidad del Estado: Situación Actual y Perspectivas” en *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, Ed. Dykinson, 2007, ps. 540-57.

afección, el cual constituye un complemento del precio y “... tiende a compensar matices subjetivos que la pérdida de la cosa puede implicar al propietario...”<sup>70</sup>.

Ni aún los autores que han cuestionado la estructura general de la responsabilidad, atacan la amplitud de la regulación por la cual se definen los daños indemnizables desde la LEF, ya que “... al no vincular la responsabilidad a la causación de daños típicos, permite resarcir toda clase de lesiones en derechos e interés y orillar las dificultades surgidas en otros ordenamientos que partían de planteamientos más restrictivos...”<sup>71</sup>.

Por lo tanto si cuando hablamos de reparación de daño equiparamos el mismo al sistema indemnizatorio producto de la expropiación, siempre giramos el análisis en torno a la lesión, al derecho o interés afectado, no justificándose un tratamiento diferenciado.

## VI. CONCLUSIONES

El sistema de responsabilidad y su evolución hasta el estado actual sigue pivotando en la estructura de un Estado que actúa, que en su actuación puede dañar y que a su vez no logra equilibrar ese daño real y efectivo con el vínculo que toda la sociedad debe tener con las políticas públicas y la relación de un sacrificio compartido no llega a conciliarse con el pensamiento liberar que pone el acento en la “pérdida de lo individual”.

Si la reparación en supuestos de actividad lícita e ilícita del Estado son tratados de idéntica manera, sea al resguardo del derecho de propiedad, sea al amparo de reglas o principios que se afincan en una ilusión de inmutabilidad de la realidad, o de una estructura económica donde la compensación de perjuicios ocasionados por la intervención lícita de los poderes constituidos irroga a los particulares, para asegurar, tutelar, promocionar o proteger otros intereses merecedores de tratamiento, se corre el riesgo de generar ficciones poco compatibles con la realidad.

Citando términos expresamente vertidos en el voto concurrente de dos ex ministros de la CSJN, (Dres. PETRACCHI y BOGGIANO), “... la pretensión de que todos sean igualmente beneficiados: los que se quedaron en moneda nacional –por esa circunstancia– y los que pasaron sus deudas a dólares –por la reparación que cabría al Estado– encubre un objetivo claramente utópico, incoherente desde el punto de vista lógico e impracticable del económico. En suma, un mundo idílico en el cual todo son ventajas y nadie se perjudica ...” (cfr. B.744.XXII “Buenos Aires Eximport S.A. c/Estado Nacional...), “... pretender que mediante la reparación estatal recaiga sobre toda la comunidad una carga que ha sido soportada por una gran parte de ella implicaría –a la manera de un reloj de arena cuya posición

70 Ver Sentencia STS 4625 /2013 del 24/9/ 2013, Rec. 81/2011; STS 4411/2013 del 29 de julio de 2013, Recurso 4383/2010 y la jurisprudencia citada.

71 Ver MIR PUIGPELAT, op. cit., p. 341.

es variada— alivianar sólo momentáneamente a unos sin que se restablezca equilibrio alguno” (cfr. voto de los jueces PETRACCHI y BOGGIANO, considerando 14)<sup>72</sup>.

Por lo tanto, si se le pide al Estado que actúe en políticas públicas, que posea incidencias en los conflictos sociales o que se abstenga de actuar regulando o interviniendo no se le puede luego pedir que se transforme en un asegurador universal de todo riesgo<sup>73</sup>.

Las limitaciones a la extensión de la reparación podrán hallar sustento en la asimilación del concepto de indemnización, o en la estrictez que se demuestre en los presupuestos, o en la amplitud de los factores obstativos, pero lo cierto es que —cuando de actuar lícito se trate— las regulaciones normativas tienden, siempre al amparo de los textos constitucionales y sin que ellos sean vulnerados, a que la conciencia individual deje paso a la colectiva, cuando no se excedan marcos de tolerabilidad.

Será la sociedad, por intermedio de sus representantes, la que, deberá diseñar el modelo de sistema, y el Derecho, entendido como un instrumento de regulación o de ejercicio de poder, el que lo delineará.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURY, PEDRO (h), “Responsabilidad del Estado por su actividad normativa”, en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, RAP, Buenos Aires, 2001.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “La indemnización en las nacionalizaciones”, RAP, N° 100-102, enero-diciembre, 1983.

BALBIN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2011.

BARNES, JAVIER, “Derecho de Propiedad en la Constitución Española de 1978”, en La Garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado, Tecnos, Madrid, 1995.

72 Ver Fallos: 316: 397 (“Buenos Aires Eximport”), 318:1531 (“Revestek”), Fallo del 15/8/1995 (“Cirlaffín”).

73 Ver ROSATTI, HORACIO, “... una definición abstencionista o intervencionista en torno al rol del Estado es siempre respetable y defendible: lo que no es respetable —y menos aún defendible— es pretender que el Estado sea liberal, abstencionista o mínimo cuando el reclamo es ajeno y que sea intervencionista cuando el reclamo es propio. Dicho de otro modo: no es razonable ni lícito posicionarse frente al Estado pidiéndolo como un socialista y defendiéndose de él como un liberal (...) así como desde la perspectiva del damnificado puede pedirse más responsabilidad al Estado, desde el Estado puede pedirse más compromiso (actitudinal y fiscal) a los particulares. La ficción de que el Estado es ‘el otro’, un ‘otro’ que se opone a un difuso ‘nosotros’ puede funcionar como todas las ficciones jurídicas, por una necesidad que las justifique. La ficción es necesaria (y útil) a condición de que no la elevemos al rango de una verdad. Dicho de otro modo: El Estado está formado por ‘nosotros’ aunque en algunas circunstancias nos convenga presentarlo como ‘el otro’ en “Competencia para Legislar sobre Responsabilidad de Estado en la Argentina”, Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 20 (nota 15).

BIANCHI, ALBERTO, “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, *LL*, 1996-A, 922- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, 01/01/2007.

BIANCHI, ALBERTO B., *Nuevos Alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado*, *ED*, T. 111-550.

BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, T. II, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación” en AA.VV., *Responsabilidad del Estado -Jornadas de homenaje a la Profesora... Dra. María Graciela Reiriz*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

CILURZO, MARÍA ROSA, *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. Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

COMADIRA, JULIO R., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, *Doc. Adm.*, 269-270 mayo-diciembre, INAP, Madrid, 2004.

COVIELLO, PEDRO, “Confianza Legítima”, *Estudios Jurídicos* N° 11, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo (Uruguay), 2013, ps. 9 -70. ISSN 1688-3225. ,

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2004.

FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, T. II, 2ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *RAP* N° 159, septiembre-diciembre 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, RAMÓN TOMÁS, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II., Cívitas SA., Madrid, 1977.

GARRIDO FALLA, Fernando, “La Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial del Estado”, *RAP*, N° 119, mayo/agosto, 1989.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.II, 4ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 7ª ed., Ed. Thomson Reuters, España, 2015.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y otras selectas*, T. VIII, *Fund. de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013.

GRIMM, DIETER, *Sobre la identidad del Derecho Público*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

MARIENHOFF, MIGUEL S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, ED T 114-953 y “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, LL, 1991-C. Sec. Doctrina.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.

MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La Responsabilidad Pública*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2001.

MIR PUIGPELAT, ORIOL, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Edisofer S.L., Madrid 2012.

MURATORIO, JORGE I., “Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

PERRINO, PABLO E., “Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, AA.VV., *Cuestiones de Responsabilidad... del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2008.

REBOLLO, LUIS MARTÍN, “Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, AFDUAM 4, 2000.

REBOLLO, LUIS MARTÍN, “Fundamento y Función de la Responsabilidad del Estado: Situación Actual y Perspectivas” en *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, Ed. Dykinson, 2007.

REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1969.

RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Derecho Administrativo económico*, 7ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

ROSATTI, HORACIO, *Competencia para Legislar sobre Responsabilidad de Estado en la Argentina. Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

SCHNEIDER, JENS-PETER, “Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán”, *Documentación Administrativa*, N° 263-264, Madrid.

SCHWABE, JÜRGEN, (comp.) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, F Konrad Adenauer, A.C. México, 2009. En especial BVerfGE 68, 361 [Rescisión de arrendamiento (necesidad personal)]; BVerfGE 30, 367 [Ley Federal sobre Indemnizaciones].

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, *Derecho público más Derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

# EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

## II

### *Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*

Dirección

**ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**SERGIO G. FERNÁNDEZ**

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN  
AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ  
PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO  
GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ  
CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI  
ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS  
CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA  
AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER  
LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO  
EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN  
MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ  
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA  
LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL  
JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA  
JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA  
GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Diciembre de 2016*

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)  
CDD 342

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina