

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTUACIÓN LÍCITA: PROBLEMÁTICA DEL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO

Isaac Augusto DAMSKY (h)*

*Estudio in memoriam del profesor
doctor Julio Rodolfo Comadira*

SUMARIO: I. Reflexiones iniciales. II. La problemática caracterización de la responsabilidad estatal por actuación lícita. III. El marco teórico. IV. El desarrollo jurisprudencial contemporáneo argentino. V. La consolidación de un sistema: sobre la discusión respecto de los rubros indemnizables y la fuerza expansiva de la expropiación pública. VI. Reflexiones finales.

I. REFLEXIONES INICIALES

1. Las diversas formas en que se manifiesta el poder del Estado sobre los sujetos privados —especialmente en la economía, bien sea en su carácter de regulador, o al desregular actividades, o mediante el ejercicio de sus potestades de intervención— plantean un cúmulo de situaciones en las cuales se producen menoscabos patrimoniales concretos que en muchos casos constituyen verdaderas lesiones a aquellos derechos de los particulares tutelados por las garantías de la Constitución económica. Nuestra tradición jurídica, fiel a sus valores constitucionales, ha reconocido la consecuente obligación estatal de reparar los perjuicios causados.

En lo esencial, creemos que éstos son los términos que han caracterizado a la llamada responsabilidad estatal por actuación lícita o sin culpa.

* Catedrático de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Lo anterior debiera implicar que tales exteriorizaciones del poder encuentren su contrapartida en un consecuente sistema de reparación provisto por el ordenamiento jurídico administrativo particular, mediante el cual se concreten dichas garantías de rango superior.

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos consagró un principio general en la materia por intermedio de su artículo 18 y reconoció la obligación estatal de indemnizar frente a supuestos de revocación, modificación o sustitución de acto administrativo por razones de interés público.

A partir de la reforma constitucional de 1994, debiera verificarse la consecuente adecuación de ese sistema a los principios del orden público supranacional de los derechos humanos, cuya protección refuerza la tutela constitucional interna, dadas sus condiciones plenas de operatividad.

De la misma manera, nuestro sistema debiera adecuarse también al embrionario derecho de la integración latinoamericana, mediante su armonización recíproca de estándares normativos con las legislaciones de los restantes Estados miembros de la incipiente unión comunitaria, en pos de la coherencia del sistema.

Ello plantea un atractivo entrelazamiento entre el sistema de poder y el sistema de derechos y, a la luz del nuevo modelo constitucional y los nuevos desafíos que el derecho público del siglo XXI nos presenta, resultan como deseable punto de inicio de una nueva relación entre los individuos, los poderes estatales y los nuevos sujetos actores de la economía con real capacidad de imposición por sobre los Estados.

2. Sin embargo, nos encontramos lejos de producir la evolución reclamada por el nuevo orden constitucional.

En primer lugar, la regla sentada en el mentado artículo 18 resulta incompleta dado que no establece cuáles son los rubros comprendidos en la indemnización debida frente a revocaciones de actos administrativos por interés público. Se advierte una probable laguna jurídica.

Así, la norma no escogió entre el sistema de responsabilidad integral comprensiva del daño emergente y el lucro cesante, pero tampoco se pronunció respecto de la inadmisibilidad de este último, y de esta manera no identificó acto revocatorio con proceso expropiatorio. Como veremos, ello quedó librado a la interpretación jurisprudencial y las construcciones doctrinarias.

3. En consecuencia, la ausencia de soluciones normativas con vocación de permanencia, junto a la errática construcción jurisprudencial tri-

butaria de la discusión doctrinaria contemporánea, invitan a realizar una reconstrucción de las categorías que integran el sistema de responsabilidad estatal por actuación lícita, a partir de los términos en que se produjo la discusión teórica en nuestro país.

Tomando como punto de referencia el artículo 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos, este trabajo procura analizar los diversos componentes que informan nuestro régimen de responsabilidad estatal por actuación lícita a partir de la discusión generada entre los defensores de la llamada fuerza expansiva de la expropiación y aquellos que postulan la integridad. Creo necesario reconstruir la construcción jurisprudencial, por entender que allí se cristalizó con claridad la discusión teórica.

II. LA PROBLEMÁTICA CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTUACIÓN LÍCITA

A poco que se indaguen las principales obras de derecho administrativo contemporáneo se podrán advertir algunos de los componentes del problema que hemos esbozado y que tienen como notas salientes:

- 1) La difusa tipología de esta clase de responsabilidad estatal, lo que implica la dificultad para comprender cuándo estamos frente a una intervención estatal legítima que dé lugar a reparación. En un esfuerzo por lograr la aprehensión del tema, las obras se limitan a proveernos de un catálogo de situaciones.
- 2) La ausencia de un régimen indemnizatorio propio del derecho público, con categorías consolidadas y rubros definidos. Ello tiene como componente la discusión sin fin en torno a la procedencia o privación del lucro cesante en esta clase de indemnizaciones, junto con el debate en torno a la llamada fuerza expansiva de la expropiación pública.

Creemos que el difuso estado de la cuestión reconoce como componente central la falta de formulación de la pregunta por la gestación de este sistema en nuestro país, todo lo cual debiera mover a la indagación de sus concretas circunstancias históricas que le dieron nacimiento, los valores constitucionales a partir de los cuales se teorizó el sistema y se

definió el plexo constitucional que luego sirviera de base a la previsión del artículo 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Inicialmente interesa señalar que la producción doctrinaria y jurisprudencial local de por lo menos los últimos treinta años, en forma unánime reconoce su existencia, si bien discute sus alcances —como veremos en el análisis de los principales casos— y procura indagar acerca de cuáles comportamientos resultan comprendidos.¹

A poco que se indaguen los anales de jurisprudencia y la obra de la doctrina más calificada en la materia² veremos que con uniformidad se ha establecido la configuración de este supuesto de responsabilidad frente a genéricos hechos, actos administrativos legítimos, reglamentos y leyes, que si bien son válidas, poseen entidad para afectar la esfera de intereses de los sujetos privados protegida por el ordenamiento.

Es así que, siguiendo los lineamientos doctrinarios, en forma específica han podido delinearse supuestos específicos de esta clase de responsabilidad, tales como: la modificación del régimen de depósitos bancarios, la modificación del régimen de cambios, prohibición de importaciones y de fabricación de determinados productos, normas que consagran el monopolio estatal de actividades, actos de autoridades aduaneras, e incluso restricciones municipales. Dado que la enumeración de los supuestos com-

¹ El derecho judicial de la Corte admite que puede existir responsabilidad indemnizatoria del Estado cuando su actividad ha sido lícita o legítima (y no solamente cuando ha sido ilícita o ilegítima). Tal responsabilidad lícita procede si con su ejercicio se ha originado un perjuicio a los particulares. El deslinde que debe hacerse se aproxima al siguiente lineamiento: *a)* como principio, la actividad lícita no ofende (precisamente por su licitud) a la Constitución; *b)* incluso si versa sobre políticas gubernamentales, pueden éstas escapar al control judicial... *c)* pero si afecta un derecho adquirido o se causa daño, la actividad lícita engendra responsabilidad del Estado. El principio de que el Estado debe reparar los perjuicios causados a los derechos mediante su actividad lícita, cubre tanto el supuesto en que el Estado actúa como administrador, cuanto aquellos en que actúa como legislador (Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, EDIAR, 1998, t. I, p. 496).

² Entre las principales aportaciones nos estamos refiriendo a los siguientes autores, si bien con la salvedad de que en algunos casos presentan posturas opuestas en nuestra doctrina: María Graciela Reiriz (*Responsabilidad del Estado*, y en especial el enjundioso dictamen desarrollado en el caso “Motoronce”), Julio Rodolfo Comadira (“...otros estudios”, 1996), el extinto maestro Miguel Marienhoff (crítica a su caracterización de derechos de naturaleza administrativa y ordinarios) (*ED* 114-949, Tratado, t. IV), Juan Carlos Cassagne (*Derecho administrativo*), Rodolfo Barra (*ED* 122-873) y Alberto Bianchi (*ED* 111-550).

prendidos posee un carácter enunciativo y excede el objeto del presente, creemos oportuno remitirnos a las principales obras sobre la materia para su profundización.

De cualquier manera, esta aproximación seguramente autorizará al lector avieso a advertir que el desarrollo y consolidación de este supuesto de responsabilidad en nuestro país consolidó —valga la repetición— una categoría un tanto imprecisa dentro de nuestro moderno derecho público.³

Algo similar a lo que acontece con otras nociones tales como la de poder de policía. En nuestra opinión, esta vinculación dista de ser casual y nos revela que, en ocasiones, actuaciones estatales tradicionalmente aprehendidas dentro de la difusa noción de poder de policía verifican supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita. Y ello dado que bajo este rótulo —poder de policía— el Estado interviene activamente en la planificación del destino común de una sociedad, actúa, irrumpe en la vida de los ciudadanos para mitigar las causas o los efectos de los trastornos que genera la vida en comunidad, y es entonces que nuestro supuesto de responsabilidad bajo análisis surge, al verificarse sacrificios especiales como producto de tales intervenciones estatales.

Es entonces que la determinación de cuáles supuestos se comprenden bajo esta especie de responsabilidad excede la tarea enunciativa de proponer los supuestos más frecuentes y presenta una complejidad mayor por cuanto, en muchas de las veces, se vincula —y entronca— con una noción tanto más discutida e imprecisa como lo es la del poder de policía; todo lo cual nos conduce en última instancia a la discusión acerca de los títulos de intervención del Estado argentino en concreto, por cuanto la teorización y consecuente primer desarrollo de ambas categorías —nos referimos siempre al poder de policía como una de las formas de intervención estatal y su correlato en la responsabilidad por actuación lícita— nos revelan que han sido pensadas en forma originaria, a partir de nuestra realidad y para dar solución al complejo “caso argentino”, y desde la

³ “Una de las primeras sorpresas que nos llevamos al compulsar las obras de la materia de aquellos países que han desarrollado autónomamente su propio derecho administrativo es la casi total ausencia de citas extranjeras que contiene. Aparte de algunas referencias iniciales para ubicar el propio derecho en el concierto de los sistemas jurídicos del mundo, las citas en las que se apoyan las opiniones de los autores norteamericanos y franceses se limitan a los fallos de sus propios tribunales y a la doctrina nacional... en realidad se trata de un derecho con impronta propia y definida...” (Mairal, Héctor, *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*).

concepción de que la finalidad del Estado reside en el desarrollo de los medios posibles para gestar la nación.

Sostenemos que partiendo de esta originalidad de conformación del Estado argentino, se construyeron sus potestades de intervención y sus límites de actuación en términos originarios; esto es, extrayendo las trazas de los teóricos del Estado, fundantes del derecho público decimonónico, pero adaptándolas a las peculiaridades argentinas. En especial, nuestro sistema de responsabilidad estatal se erigió desde esta perspectiva.

Por esta razón entendemos que la tarea de delimitación de los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita excede en mucho de la presentación de los principales fallos en la materia. Aparece como una tarea más ardua. Dada su íntima vinculación con los límites del ejercicio de las potestades de intervención de nuestro Estado, nos pide un trabajo aún mayor.

III. EL MARCO TEÓRICO

El artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la Argentina (Ley 19.549, en adelante LNPA), norma que trata sobre “Revocación del acto administrativo regular”, establece en su parte pertinente: “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo... también podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

Advertimos que el ámbito normativo previsto se constituye por el régimen de revocación de los actos administrativos legítimos, contenido en el régimen de procedimientos administrativos.

Respecto del ámbito material de validez, el artículo 18 se refiere al acto regular. La norma no define al acto regular, pero recoge una expresión caracterizada y utilizada por la doctrina y la jurisprudencia. El término acto regular se reserva para el acto legalmente perfecto o para el que sólo adolece de un vicio que determina su anulación. Como dice la norma, esta revocación puede hacerse por “oportunidad, mérito y conveniencia”, esto es, por fundadas razones de interés público.

La acción regulada resulta ser la dinámica actividad administrativa en constante cambio y adecuación a nuevas realidades. Este dato no es me-

nor. Siguiendo a Hutchinson, pensamos que es menester reconocer que si las normas regulan nada menos que la vida misma de los individuos, es forzoso aceptar que el dinamismo que integra todo lo orgánico escapa casi naturalmente a la realización de aquel sueño de coherencia. La teoría de la revocación por interés público está en relación íntima con el principio de adaptación constante, que debe regir incesantemente en toda administración pública moderna en la búsqueda del bienestar de los individuos, cuyas necesidades debe satisfacer.⁴

Advertimos que la acción regulada se vincula con el dinamismo que la adaptación constante a las necesidades actuales impone a la administración pública, que constituye la base de esta teoría de alteración o modificación de circunstancias, la cual implica la necesaria adecuación de la norma a los hechos del momento.⁵

Ello nos mueve a señalar que la norma regula la actuación de la administración pública cuando ésta ejerce sus potestades revocatorias o modificatorias. Pero, asimismo, los destinatarios de la regulación resultan ser los particulares, titulares de derechos, sujetos beneficiarios de los actos objeto de revocación o modificación. Por lo tanto, la revocación o modificación se justificaría porque como las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el acto originario fueron situaciones fluidas, vagas y cambiantes, el contenido normativo del acto tiene sobre sí la presunción de lo mutable de la circunstancia referida y de la posible conveniencia de reajustarlo al cambio.⁶

1. *Una aclaración respecto del régimen de emergencia instaurado por el artículo 26 de la Ley 25.344 (Ley de Emergencia Económico Financiera del Estado Nacional)*

La norma establece: “Cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, contratos del sector público nacional, ya sean

⁴ Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 143.

⁵ *Ibidem*, p. 144. Dicho criterio resulta receptado por la Procuración del Tesoro de la Nación en sus dictámenes. Así, es doctrina del máximo órgano asesor la exigencia de que ese interés público sea de igual naturaleza que la del acto objeto de revocación (PTN, dictamen 343/92).

⁶ *Idem*.

de obra, de servicios, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni de gastos improductivos”.

Sin perjuicio de ello, entendemos que esta norma no zanja la cuestión propuesta, ya que por tratarse de una regla aplicable a la emergencia, resultaría osado asignarle un carácter de generalidad y permanencia tal que nos permita afirmar que viene a completar el régimen del artículo 18. Por tanto, estimamos que la problemática descrita continúa en vigencia.

2. El sistema de la ley en punto al régimen indemnizatorio

Como hemos visto, el artículo 18, párrafo 2, de la LNPA establece sin distinciones que la revocación de actos que confieren derechos subjetivos puede hacerse sólo con indemnización. Sin embargo, no se establece cuáles resultan ser los rubros indemnizables, razón por la cual el *quantum* de la indemnización ha sido motivo de discusión en nuestra jurisprudencia de los últimos treinta años.

Ello resulta en claro de los votos de mayoría y minoría de los casos que seguidamente se comentarán. Partiendo de la laguna normativa del artículo 18, en un caso se sostiene la indemnización tasada por conducto del régimen de expropiación pública, en el cual se encuentra la naturaleza jurídica del instituto. Y en el otro se sostiene que a falta de previsión normativa, el principio rector resulta ser el de la indemnización integral, con sustento en el Código Civil, por virtud del cual deben satisfacerse la totalidad de los perjuicios experimentados y probados.

3. Breve presentación de las posturas encontradas

En resumidas cuentas, puede decirse que para aquel sector de la doctrina que postula la indemnización integral, el razonamiento parte de considerar que en ausencia de previsión normativa específica deben aplicarse, por analogía, las disposiciones pertinentes del Código Civil. Es así que en el caso “Sánchez Granel” (véase *infra*), por imperio de lo dispuesto en el artículo 1638 del Código Civil, consideró que la indemnización debía comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante.⁷

⁷ Se sugiere ampliar en Comadira, Julio, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, p. 162; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. I.

En Argentina, estas argumentaciones fueron sostenidas por los profesores Rodolfo Barra, Juan Carlos Cassagne y Alberto Bianchi, principalmente.

Para otro sector, la regla de analogía contenida en el artículo 16 del Código Civil vincula la solución de estos casos a los principios derivados de la Ley de Expropiaciones. Esto es, sólo a la reparación del daño emergente.

Así, se sostiene que la exclusión del lucro cesante del monto indemnizatorio debido por el Estado, cuando sacrifica un derecho individual de contenido patrimonial, surge como un principio de derecho administrativo que parece provenir de las legislaciones que regulan tal clase de actividad estatal.

En concreto, la remisión normativa se realiza al régimen de expropiaciones, al reglamento de contrataciones del Estado y a la Ley de Defensa Nacional en materia de requisiciones.⁸ Entre los autores tradicionales que profundizaron esta doctrina pueden señalarse a los maestros argentinos Miguel Marienhoff y María Graciela Reiriz. En la actualidad, toda reflexión debe conducir a la obra del maestro Julio Comadira.

Sin embargo, nos interesa insinuar un componente de esta discusión, presentado al inicio, y que no ha resultado tematizado aún. Las posturas brevemente reseñadas no han considerado el impacto probable que el nuevo orden constitucional nos provee. En especial, nos parece que el ordenamiento supranacional de los derechos humanos ha de impactar de alguna manera en la integración normativa. De la misma manera, el reciente orden de la integración comunitaria, al requerir de un convergente proceso de armonización de los ordenamientos internos, seguramente impactará en la materia.

En consecuencia, pensamos que las futuras obras deberán tomar en consideración los nuevos paradigmas que plantea el naciente orden jurídico supranacional en la materia. Creemos que allí encontraremos la solución a la laguna normativa presentada.

⁸ Nos referimos a las siguientes normas: Ley 21499, artículo 10; Ley 22554, artículo 35 y Decreto 5720/72, modificado por los decretos 436/2000 y 1023/2001. De la misma manera, esta postura resultó desarrollada en el célebre dictamen de la doctora Reiriz en el caso Motoronce, a cuya lectura remitimos al lector en aras de una adecuada comprensión del tema.

IV. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÁNEO ARGENTINO

En el acápite anterior hemos esbozado las dos posturas encontradas en la doctrina que han recibido recepción jurisprudencial. Por tal razón creemos que la reconstrucción teórica del tema debe buscarse no a partir de la opinión de los autores, sino más bien partiendo del desarrollo jurisprudencial y la tematización de los postulados doctrinarios.

Es que la interpretación de la ley resulta realizada por la jurisprudencia, la cual constituye una fuente de producción normativa para nuestro sistema. Si concedemos que la doctrina no posee ese carácter de fuente, comprenderemos la importancia de reconstruir la discusión teórica a partir de las categorías recepcionadas por nuestros tribunales.

En este proceso, el primer elemento que tenemos que considerar es que nuestro máximo tribunal ha coincidido en que sólo se indemniza un daño cierto y actual, bajo causalidad directa e inmediata, cuya imputación recaiga en el accionar de un órgano estatal, bajo la pauta indemnizatoria del sacrificio especial (CSJN 312:1656 / 315:1892). A partir de este presupuesto inicial se produjo la totalidad de la discusión tendente a la conformación teórica del régimen de responsabilidad estatal por actuación lícita, de la que se dará cuenta en las páginas siguientes.

Respecto de los casos estudiados por la generalidad de la doctrina nacional y que serán analizados a continuación, no nos detendremos en los aspectos descriptivos ni abundaremos en aquellos otros ya abordados en enjundiosos estudios realizados por los autores nacionales. La finalidad de su análisis en este estudio persigue extraer las ideas cardinales que servirán de base a nuestras conclusiones sobre la materia. Con esta perspectiva en miras analizaremos a continuación algunos de los principales casos que conforman la materia.

1. *El caso “corporación inversora Los Pinos”*

Sentenciado por la Corte en 1975, el primero de los casos bajo estudio trata de la revocación de un permiso precario para el funcionamiento de un establecimiento hotelero. Es un típico supuesto de revocación de actos administrativos por razones de interés público en los términos del artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, cuyos derechos afectados recaen sobre un fondo de comercio.

Esta última consideración es de singular importancia para la tipificación de los rubros valorizables, por cuanto el fallo no ingresa en el análisis de cuáles valores del negocio resultan indemnizables y si éstos constituyen o no daño emergente o lucro cesante. En concreto, nos referimos a dos rubros sustanciales y problemáticos en la valorización del patrimonio de una empresa: el “valor llave” y el “valor empresa en marcha”. Si bien volveremos sobre el punto, cabe señalar que estos rubros se encuentran en una “zona gris” entre los conceptos daño emergente y lucro cesante. No resulta una cuestión sencilla de dilucidar. Piénsese que si, por un lado, se los considera lucro cesante, sucede que por la dinámica económica muchas veces resultan los únicos rubros valorizables. Entonces, frente a supuestos expropiatorios, abandonan su caracterización como lucro cesante y se convierten en la más pura noción de daño por la entidad del perjuicio que produce su privación. La jurisprudencia no es pacífica al respecto.

En el pronunciamiento analizado esta problemática no se llega a tratar, si bien se insinúa en el considerando 20 cuando señala: “...aun cuando se trate de un acto que afecta a elementos del fondo de comercio transferido, la indemnización debida únicamente podrá comprender aquellos daños que guardan una relación directa e inmediata con la revocación dispuesta...”.

En este sentido, el fallo sólo ingresa en el considerando 19 a la privación del lucro cesante, en los siguientes términos: “...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)...”.

En los términos del considerando, al pronunciarse sobre el “interés negativo” y “la exclusión de todo otro valor”, parecerían resolverse nuestras apreciaciones. Sin embargo, ello no es así a poco que se repare en el significado del interés negativo. Así cuestionamos su utilización en el caso, ya que esta categoría fue teorizada para el campo obligacional del derecho privado⁹ y no para la reparación de daños causados por el Estado en ejercicio legítimo del poder de policía.

⁹ El daño al interés negativo fue teorizado por Ennecerus y Lehmann en su *Tratado de las obligaciones* de 1934, llamándolo, asimismo, “interés de confianza”. Entre los autores que lo abordaron en nuestro país puede mencionarse la obra de Llambías, Jorge J.,

En el caso, este interés consistiría en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no habría sufrido el actor si no se le hubiera dado la autorización que luego fuera revocada por interés público. Si el actor no es culpable de la revocación, no es justo que sufra las derivaciones de esa contingencia. En la consideración del interés negativo se mira hacia el pasado, tratando de restablecer el *statu quo* patrimonial anterior a la constitución del acto que ha resultado desvanecido, vale decir la recomposición de los valores integrantes del patrimonio de la empresa. Entre estos posibles daños, la doctrina computa no sólo la totalidad de los gastos celebrados con motivo del acto, sino también los demás valores patrimoniales que restituyan a la situación anterior, de manera que no sufra menoscabo por la revocación del acto, incluida la pérdida de la chance.¹⁰

El fallo en cuestión se funda en la naturaleza expropiatoria del acto de revocación para excluir el lucro cesante, el cual entiende como “todo otro valor o ganancia frustrada”. Ello arroja algunas dudas a poco que se repare en que tales valores resultan incluidos dentro del concepto de interés negativo. Asimismo, tampoco determina cuáles valores se comprenden dentro del genérico concepto “daño emergente”. Como veremos más adelante, estos extremos, que suelen ser dejados de lado en las sentencias, pueden llegar a desvirtuar el objeto procurado en el pronunciamiento, ya que en la oportunidad procesal de liquidarlos resultan incluidos como daño emergente.

2. El caso “Cantón”

El análisis de este caso sentenciado por la Corte Suprema en 1979 reviste singular interés no tanto por sus precisiones sobre los rubros indem-

Tratado de derecho civil, t. I: *Obligaciones*. Entendemos que esta doctrina es propia del derecho civil y no es aplicable a los supuestos de responsabilidad estatal por obrar lícito. Ello por cuanto el daño al interés negativo supone la invalidez o ineficacia del acto jurídico que había originado una obligación civil, la cual queda consiguientemente sin causa y por ello carente de la virtualidad que le era propia. En los términos expresados por Llambías esto significa “que no se producirán los efectos de las obligaciones, y consiguientemente no podrá el acreedor emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado (artículo 505, inciso 1, del Código Civil) ni obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes (artículo 505, inciso 3)” (p. 295).

¹⁰ Para un mejor entendimiento respecto a los rubros comprendidos en el interés negativo sugerimos ampliar en la obra de Llambías (*idem*), como así también en el *Tratado de las obligaciones* de Boffi Boggero.

nizables, sino porque se exterioriza un claro supuesto de intervención estatal en la economía que configura responsabilidad por su actuación lícita. Se parte del dictado de un reglamento (el Decreto 2118/71) mediante el cual, al prohibir la importación de determinados productos con la finalidad de nivelar la balanza de pagos y la defensa de la industria nacional, estableció fuertes restricciones a la libertad económica. En el caso, tales limitaciones afectaron una compraventa internacional de mercaderías instrumentada mediante un contrato de crédito documentado, concluido con anterioridad al dictado de la norma.

Nuestro máximo tribunal entendió la posibilidad de que por intermedio de su actividad reglamentaria lícita se ocasionaran daños a los particulares al afectar derechos amparados por garantías constitucionales.¹¹

Para acordar los rubros indemnizables buscó en el instituto de la expropiación pública la naturaleza jurídica de este supuesto de responsabilidad estatal, denegando en consecuencia la procedencia del lucro cesante mediante la aplicación analógica del artículo 10 de la Ley de Expropiaciones. Para ello se formularon razonamientos de los cuales somos particularmente críticos.

Funda la aplicación analógica en el considerando 8 “ante la falta de normas expresas sobre el punto”, señalando que “la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado”. Entendemos que ello no es así, ya que los presupuestos que autorizan la reparación en la llamada actividad lícita y en la expropiación, difieren sustancialmente.

En la primera, el fundamento genérico por el cual el Estado debe indemnizar se encuentra en los principios de la revocación de actos administrativos por interés público contenido en el artículo 18 de la LNPA. Si bien en el presente no se revocó un acto administrativo, lo cierto es que la actividad reglamentaria es aprehendida como “acto administrativo”. A su vez, por el principio del paralelismo de las formas, si se reconoce responsabilidad por la revocación de actos también debe reconocérsela por las lesiones a la propiedad que acarrea el dictado de otros actos de sus-

¹¹ Considerandos 5 y 6. El énfasis es puesto en este último al establecer “la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada”.

tancia reglamentaria. Si bien esta norma tampoco zanja la cuestión por dejar abierta la polémica en torno al principio de integridad de la indemnización, lo cierto es que al menos debió de ser referenciada.

Si consideramos que la expropiación es una técnica extraordinaria y limitada de intervención estatal, cuyo ejercicio se condiciona al extremo dentro de un debido procedimiento sustantivo y adjetivo que precisa de la intervención previa del Congreso para su validez, de ello se sigue que los presupuestos difieren sustancialmente de los que fundan la responsabilidad por actuación lícita.

En esta línea argumental también criticamos la solución propiciada por el fallo en el considerando 8 al encontrar identidad de finalidades entre el supuesto ventilado y la expropiación, ya que ella tiene como finalidad satisfacer una “*utilidad pública específica*” y declarada por ley, que ante su incumplimiento autoriza la acción de retrocesión. Distinto es el supuesto bajo análisis cuya finalidad se encuentra en genéricas razones de *interés público*, o motivos de oportunidad, mérito y conveniencia del Estado, que se encuentra —en principio— exento de probar. A ello se le agrega no sólo la imposibilidad de la retrocesión —propia de la técnica expropiatoria— para estos casos, sino aún más, “la imposibilidad de que la justicia revise el acierto o error, la conveniencia o inconveniencia de las medidas adoptadas”.¹² Creemos entonces que los supuestos y las finalidades no son semejantes. Sobre estos tópicos insistiremos a lo largo de la exposición.

3. *El caso “Sánchez Granel”*

El análisis de este fallo, dictado por la Corte Suprema en 1984, reviste especial interés puesto que, a diferencia de los anteriores pronunciamientos, aquí se trata de una relación contractual bilateral entre un particular y el Estado. El fundamento de la responsabilidad estatal se determinó por el ejercicio de la potestad revocatoria en un contrato de obra pública.

La empresa actora reclamó al Estado, en el órgano Dirección Nacional de Vialidad, una indemnización de daños y perjuicios con motivo de la revocación de un contrato de obra pública, que no llegó a iniciarse, para la construcción de la denominada “Ruta 215, tramo La Plata-Loma Ver-

¹² Considerando 4 del fallo, con citas a otros precedentes del máximo tribunal.

de” (sección Abasto Etcheverry). En primera y segunda instancia fue rechazado el reclamo por lucro cesante, quedando limitada la condena al pago del daño emergente.

Llegado el caso a la Corte por vía de recurso ordinario, el voto de mayoría revocó el pronunciamiento de la Sala III en lo Contencioso Administrativo Federal, declarando en el considerando 4 la procedencia del lucro cesante en estos términos: “...la legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante...”.

Para ello, el tribunal reconoció en el considerando 5 que frente a este supuesto la responsabilidad estatal emerge como un “...derecho a una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas o una sanción para el responsable...”. Más adelante, en el considerando 7, erige al principio de la integralidad de la reparación como la herramienta de interpretación del artículo 18 del régimen de procedimientos administrativos, el cual “...al no aclarar 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 integralidad...”.

De esta forma, si el principio es la integralidad, de ello se sigue para la revocación de los contratos, el rechazo de la “...extensión analógica de la Ley de Expropiaciones...” (considerando 8). En este punto del fallo es interesante valorar el doble fundamento central por el cual el tribunal desecha el régimen indemnizatorio de las expropiaciones. Señala “...que no cabe omitir la reparación de que se trata sobre la base de una extensión analógica de la Ley de Expropiaciones. No sólo porque ésta exime expresamente al Estado del aludido deber, sino porque la expropiación supone la restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio...” (considerando 8).

Vemos que, en primer lugar, en la expropiación no cabe hablar de “reparación” y mucho menos de reparación de equidad como lo hará el fallo en el considerando 12.¹³ En segundo lugar, el fallo da cuenta del diferen-

¹³ Una cosa es la acción por resarcimiento y otra la que persigue el ejercicio del derecho expropiatorio. Así fue resuelto por nuestra Corte Suprema en *Laplacette c/Provincia de Buenos Aires*. En dicho caso, iniciada demanda por expropiación de una fracción de

te procedimiento mediante el cual se encausa una revocación contractual y una expropiación, ya que la primera sólo requiere de un “acto administrativo de revocación”, mientras que la segunda exige ley formal previa del Congreso que califique la utilidad pública.

Asimismo, resulta interesante la extensión con la cual se define al concepto de lucro cesante en el citado considerando 4: “...las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas...”. La referencia a esta noción es de importancia, puesto que, como veremos más adelante, su connotación excluye del concepto de lucro cesante a dos rubros de dudosa procedencia en supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita, como son el valor llave y el valor empresa en marcha, los cuales quedan comprendidos en la noción de daño emergente.

En consecuencia, no nos situamos frente a un genérico supuesto de responsabilidad estatal lícita como los anteriores; esto es, no se trata de los daños infringidos a los particulares por medidas de intervención del Estado regulador de la economía. Aquí se trata del ejercicio de la potestad revocatoria en un contrato administrativo. Por ello, los fundamentos de la reparación y sus alcances deben diferir de los anteriores casos, ya que la entidad de los daños diferirá según se trate de una relación contractual como en el presente, o de otros supuestos en los cuales no median vínculos jurídicos directos.¹⁴

Desde esta perspectiva debe resaltarse la intensidad que reviste la indemnización frente a supuestos de revocación contractual. Tan es así que Laubadère incluye la indemnización como elemento de su definición en el caso de rescisión, que no es otra cosa que una especie del género revo-

terreno, ocupada por las aguas del embalse de un canal que al ser llevado a cabo había provocado la inundación parcial de unas tierras, el máximo tribunal dispuso su rechazo sobre la base de que la expropiación significa la desposesión de un bien por causa de utilidad pública, declarada por ley, y la transferencia del dominio del expropiado al expropiante, no pudiendo confundirse las acciones tendentes al resarcimiento del daño invocado con las derivadas del derecho a la expropiación. (Sentencia del 5 de abril de 1933, en autos, “Laplacette vs. Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos* 168:35).

¹⁴ En concordancia, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1994, t. II. El autor señala que en materia contractual la indemnización debe ser plena, dada la necesidad de restablecer las condiciones originarias, bases de la contratación, que constituyen la ley del contrato, cuyas disposiciones obligan como la ley misma (artículo 1197 del Código Civil), obligación de justicia que no tiene su fuente en la materia objeto del contrato sino en el hecho mismo del acuerdo sobre la materia lícita.

cación por interés público.¹⁵ Y entonces la indemnización que se acuerde debe ser representativa de todo el perjuicio sufrido para mantener la incolumidad patrimonial, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante.¹⁶

Formulamos estas aclaraciones debido a que la doctrina, al explicar este fallo, se ocupa de señalar que a través de este pronunciamiento nuestro máximo tribunal revió la postura de la indemnización acotada, sostenida en otras oportunidades para todos los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita.¹⁷ Si bien ello no deja de ser cierto, creemos que desde nuestro punto de vista no es predicable una solución única para todos estos supuestos. La mayor o menor extensión del régimen indemnizatorio se vinculará con la mayor intensidad de compromiso con el interés público.

Esto significa que si en los casos de las medidas de regulación de la economía esta afectación es mayor, entre otras razones por el “universo de particulares afectados”, el interés privado cederá en mayor medida que en los supuestos de revocaciones de contratos o actos concretos, cuyos efectos recaen sobre sujetos determinados con afectación de derechos concretos de los cuales son titulares. Aquí la potestad y el interés público tienen su límite en las garantías constitucionales de propiedad que se afectan en mayor medida que en los restantes supuestos.

4. *El caso “Motoronce”*

Sentenciado en 1989, este célebre y a la vez polémico pronunciamiento de nuestro máximo tribunal se destaca por la fuerza convictiva del en-

¹⁵ Laubadère, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, París, 1956, t. III, pp. 182 y 186.

¹⁶ Para una mejor comprensión del tema sugerimos ampliar en la obra de Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general del contrato administrativo*, pp. 503 y ss.

¹⁷ Macarel, “Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la Corte: el alcance de la doctrina del caso Sánchez Granel”, *La Ley*, 1989-D-25. También puede verse en: Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo... otros estudios*, capítulo XIV, pp. 424 y ss. Señala el autor que “si bien no constituye el primer antecedente del máximo tribunal en el cual se reconoce la procedencia del lucro cesante por actividad estatal lícita, emergente de la extinción de un contrato, sí resulta un fallo de vital importancia para el estudio de la problemática que nos ocupa”. Apreciaciones similares en torno a este fallo pueden encontrarse en la obra de Barra, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos” (*ED* 142-931).

jundioso dictamen de la entonces procuradora fiscal de la Nación. Sin lugar a dudas, sus fundamentos contribuyeron a abrir camino en el proceso de positivización del régimen de la indemnización acotada, evidenciado primero en el Decreto de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires y luego en la Ley Nacional 25.334. Ello si bien con los reparos y límites que, en razón de la materia, deben hacerse del fallo que pasamos a comentar.

La cuestión versa en torno al alcance de la indemnización peticionada por la responsabilidad de la entonces administración municipal, fundada en los daños derivados de la aplicación de una norma general de policía de seguridad a través del acto individual de ejecución.

Los antecedentes del caso se fundan en la solicitud que un propietario de un inmueble eleva a la intendencia municipal a fin de que se le conceda autorización para construir un edificio de propiedad horizontal con una estación de servicio en el predio. Tras ser concedida la autorización, dio inicio a la explotación comercial de venta de combustible, obteniendo luego el certificado de final de obra. Con posterioridad se produjo el dictado de una ordenanza¹⁸ que, al modificar el cuadro de condiciones para la habilitación de esa clase de explotaciones, daba como resultado la revocación de la autorización. Por tal motivo se dictó un acto administrativo de clausura “de la actividad de expendio de combustible”.

La empresa demandó la nulidad del acto de clausura y de la norma de alcance general en que se fundó, reclamando daños y perjuicios. Si bien se rechazó la demanda de nulidad, la Cámara entendió la configuración de un supuesto de responsabilidad por actuación lícita, acordando algunos rubros y desestimando otros por falta de prueba y agravio suficiente.

La primera cuestión que interesa analizar trata sobre los aspectos formales de la causa que determinaron en la Cámara el rechazo de algunos rubros indemnizatorios, y en especial del lucro cesante. Si bien no integran el eje de la argumentación central desplegada en los fundamentos

¹⁸ Ordenanza municipal 27455 del 15 de febrero de 1973, modificatoria del cuadro de previsiones contra incendios correspondientes al artículo 4.12.1.2 del Código de Edificación vigente. La prohibición para la venta de combustibles en ese inmueble se infiere de las prescripciones contra incendio destinadas al rubro “estaciones de servicio”. En dicho instrumento, la condición C-9 resolvió: “no se permite destinar a vivienda, locales situados en los pisos altos y solamente puede haber ambientes para oficinas o trabajo como dependencia del piso inferior, constituyendo una misma unidad de uso”.

del dictamen y la sentencia de la Corte Suprema, por el contrario, constituyeron el sustrato material del caso.

Se verá que la administración fundó su apelación federal en la improcedencia del lucro cesante por no haber sido probada su cuantía y subsidiariamente en la aplicabilidad de las normas expropiatorias. En alguna medida, las omisiones probatorias de la actora determinaron la solución de la Corte al no oponer obstáculo a la definición de la naturaleza expropiatoria de los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita.¹⁹ Si bien la administración planteó en subsidio el defectuoso encuadramiento legal de la sentencia de la Cámara por fundarse en normas de derecho privado, podría entonces sostenerse que el decisorio obedece a cuestiones rituales y que la definición de la naturaleza expropiatoria, si bien de importancia, posee una conexión lateral y no central sobre el fondo del asunto.²⁰

¹⁹ Es útil aclarar que si bien el texto del caso nos suministra el dato objetivo, tanto en el dictamen como en el fallo no se explicita que la improcedencia de rubros indemnizatorios como el lucro cesante obedece a insuficiencias probatorias y de desempeño jurisdiccional de la actora y que entonces se recurrió a la calificación jurídica expropiatoria para brindar fundamento suficiente al rechazo parcial de la demanda. Esta observación confirma la tesis del profesor Gordillo, quien al enseñar cómo leer una sentencia señaló: “En situaciones normales, lo que se escribe en la sentencia no refleja todo lo ponderado por el tribunal. Por de pronto, a mayor experiencia del magistrado, más escueta es la fundamentación de lo que se resuelve en sus sentencias: aprende el valor del silencio y el peligro de la verborragia. Por supuesto es un criterio empírico, que ninguna norma escrita consagra en parte alguna del mundo. No por ello es menos real y antiguo” (Gordillo, Agustín, “Cómo leer una sentencia”, con citas a Cass Sunstein y Martínez Torrón, *Revista Actualidad en Derecho Público*, núm. 14, p. 36).

²⁰ Con cita textual de Gordillo diremos: “...esa cuestión es parecida a la distinción entre lo que se llama *dictum* y *holding* de un fallo. *Holding* es aquello que específicamente resuelve y por ende las razones que da para ello. *Dictum* es todo aquello que dice a propósito del tema, o incluso lateralmente y sin vinculación con el *thema decidendum*, lo cual no es entonces un precedente judicial” (*ibidem*, acápite 8.1, p. 49). Desde esta perspectiva aparece que en lo central Motoronce pierde el caso por cuestiones rituales y de falta de prueba; esto es lo decisivo, lo que selló la suerte del pleito. Entonces, como veremos, la definición de “la naturaleza expropiatoria” no supera el nivel del *dictum*.

Piénsese ¿qué hubiera pasado si Motoronce hubiera acreditado acabadamente la concurrencia del lucro cesante?, ¿se habría sentenciado de la misma manera? Si el daño se encontrara debidamente acreditado y no se dispone su reparación, fundado en construcciones doctrinarias tendentes a aplicar por analogía una norma de excepción como la Ley de Expropiaciones, entonces ¿no estamos frente a denegatoria de justicia? Frente a ese hipotético caso diremos, siguiendo a Gordillo, que allí la decisión sería formalmente jurídica pero irreal (*ibidem*, p. 45, nota al pie 39).

Para comprender lo planteado conviene reparar en las razones por las cuales la sentencia de la Cámara desestimó determinados rubros indemnizatorios e hizo lugar a otros. El dictamen de la procuradora fiscal es ilustrativo al respecto:

...la Cámara tampoco consideró la pretensión orientada a que se admita la disminución del valor de esos objetos... [se refiere al valor del edificio en la parte correspondiente a la estación de servicio y la reparación por el valor de las instalaciones y maquinarias, de acuerdo a los inventarios]... por ser un *rubro que no fue oportunamente propuesto* a la decisión del tribunal inferior. Además, el *a quo* desechó el reclamo de daños y perjuicios relativos al valor llave y valor empresa en marcha, fundado en que la actora no quedaría privada de ambos, toda vez que *la medida de policía no la desapoderó de la propiedad del fondo de comercio* (cursivas nuestras).

Se clarifica luego que el rechazo obedeció a que “...el juez de grado había establecido que *no guardaban relación de causalidad* adecuada con el hecho generador del perjuicio y, por tanto, no se trataban de consecuencias directas e inmediatas...” (cursivas nuestras).

En cuanto al lucro cesante, la Cámara hizo lugar por entender que “...se presenta en estos actuados acaso como el perjuicio característico de un acto como el realizado por el municipio...”, y en tal sentido decide su admisibilidad aun cuando no se había acreditado su monto, “ya que el daño se encontraba legalmente comprobado y nada obstaba a que su cuantía fuera determinada en un proceso sumarísimo de ejecución...”, según explica el dictamen de la procuradora fiscal.

Aquí se determina el agravio de la administración por el cual prosperará la queja: el reconocimiento por la Cámara del lucro cesante, rubro que no resultó probado ni determinada su cuantía.

Ello es atinado ya que la sentencia de Cámara, al conceder por un lado un rubro no probado y por el otro rechazar los restantes por falta de acreditación del desapoderamiento de la propiedad e inexistencia de demostración de relación de causalidad, incurre en una contradicción que descalifica su contenido y es configurativo de arbitrariedad.²¹

²¹ Siguiendo a Sagüés, apreciamos un supuesto de sentencia arbitraria por arbitrariedad fáctica determinado por la autocontradicción en la evaluación de las pruebas, como se definiera *in re* Palermo. Fallos 303:434 (Sagüés, Néstor, *Elementos del derecho constitucional*, t. I, p. 318).

Adviértase entonces que ni en la sentencia apelada entra en discusión “la naturaleza expropiatoria”, ni en la instancia extraordinaria constituye el presupuesto central para disponer la nulidad de la sentencia de la Cámara; la contradicción —se insiste— es entonces configurativa de arbitrariedad fáctica.

Conviene entonces reparar en dos pasajes del dictamen en los que se explica que a estas conclusiones llega la Cámara por cuestiones rituales que hacen al procedimiento y no por conducto del análisis de la cuestión de fondo. La procuradora advierte la insuficiencia formal de la actora en su actividad probatoria y en su expresión de agravios. Así explica que tales conclusiones obedecen a no haber merecido “...una crítica concreta y razonada del apelante requerida por las normas rituales para su consideración en segunda instancia, todo lo cual llevó a concluir que debía tenerse por firme la sentencia de primera instancia en estos aspectos”.

Lo propio hace en torno a la específica procedencia del lucro cesante. Previo a la discusión de su naturaleza jurídica expropiatoria, pero sin lugar a dudas condicionante, el dictamen de la procuradora fiscal pone de relieve una circunstancia fulminante que integra los agravios expresados por la administración: la ausencia de actividad probatoria de la empresa tendente a su determinación. Así señala: “en la apelación federal la demandada dirigió la mayor parte de sus agravios contra el reconocimiento del lucro cesante... sostuvo que este perjuicio, dado que el tribunal de alzada admitió que no estaba acreditado en su monto, debe entenderse que no fue probado...”.

De esta forma queda delineado el *substractum* material del cual parte el análisis del pronunciamiento de la Corte: cuestiones rituales vinculadas a la no acreditación en forma de los perjuicios invocados y defectuosa expresión de agravios de la actora. Lógico es suponer que es este componente fáctico el que no opone resistencia al rechazo de la demanda, la cual podría haber prescindido de la “doctrina expropiatoria”. Repárese que estas deficiencias rituales de la actora son advertidas en la disidencia del ministro Petracchi, quien a partir de ellas construye su voto y rechaza parcialmente la demanda, como veremos más adelante.

Si lo expuesto se concede, entonces se confirma que no hay pronunciamiento sobre el fondo que otorgue fuerza convictiva a la doctrina del fallo. No hay *holding* y la doctrina en cuestión se transforma en *dictum*, el cual por cierto es cuestionable como se verá a continuación.

La segunda cuestión que interesa analizar, como corolario de lo expuesto, es la relativa a las consideraciones del fallo en torno a la naturaleza expropiatoria de la responsabilidad por actuación lícita. Ello resulta definido en el dictamen de la procuradora fiscal.

En primer lugar, justifica la necesidad de apartarse del criterio establecido en “Sánchez Granel” por considerar que versando ese caso sobre la extinción unilateral de un contrato de obra pública, la cuestión jurídica a resolver tenía en la Ley de Obra Pública el marco legal de solución.

Esta consideración introductoria puede resultar objetable, ya que como se vio, el caso anterior no se resolvió según las normas específicas de la obra pública. El fundamento para otorgar la indemnización se encontró en el “principio de la indemnización integral” a partir del cual se interpretó el vacío existente en el artículo 18 de la Ley 19.549, en oposición al régimen expropiatorio calificado por el fallo de excepcional.

Entiende luego la necesidad de recurrir a normas análogas como la Ley de Expropiaciones ante la ausencia de una solución normativa. Para ello sostiene los siguientes fundamentos:

La Ley de Expropiaciones es la norma típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija (advuértase que utilidad pública es un concepto distinto a interés público).

La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado obrando conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos; por lo tanto, la solución debe buscarse dentro de los principios del derecho público (debe tenerse presente que por el principio de legalidad se precisa de una competencia legal expresa para privar de indemnización. Además la restricción debe ser hecha por mandato legal específico y no analógico).

El principio *ius publicista* se funda en los artículos 14 y 17 de la Constitución al establecer las limitaciones que, en aras del interés público, pueden efectuarse mediante el instituto expropiatorio. De esta forma concluye que tanto la expropiación como la responsabilidad estatal por actividad legítima se desenvuelven dentro del ámbito de las intromisiones estatales autorizadas, protegen la misma garantía y persiguen una finalidad típica de interés público.

Frente a la calificación de “naturaleza expropiatoria” expuesta en el dictamen, la procuradora no precisa, para desestimar el lucro cesante, de

las cuestiones probatorias con las cuales principia su exposición y que constituyen el agravio central de la administración. De esta forma tipifica la arbitrariedad normativa y aconseja resolver la procedencia del recurso de la administración al señalar: “...el pronunciamiento impugnado prescinde de normas aplicables al caso al apartarse totalmente de la aplicación de normas de derecho público...”.

Nuestro máximo tribunal, en su voto de mayoría, hace suya la argumentación dogmático-jurídica del dictamen, resta importancia a la materia probatoria y las cuestiones rituales que motivaron la instancia federal, y entiende que lo decidido por la Cámara adolece de insuficiente fundamentación al no reparar en los principios de derecho público contenidos en la Ley de Expropiaciones, desestimando el reconocimiento de lucro cesante como consecuencia.²²

El voto del ministro Petracchi

Entendemos la importancia de reseñar el “por su voto” en función de que las críticas ensayadas al pronunciamiento de mayoría encuentran recepción favorable en el razonamiento que aquí se comenta. El ministro construye su voto con estricto apego a las constancias de la causa sin necesidad de acudir a construcciones dogmáticas que asimismo entendió no constituir materia central del agravio federal. Sólo en el considerando 7 se refiere a ellas, con carácter tangencial, por no ser necesarias para resolver el caso. Pero a diferencia del dictamen no formula una construcción dogmática sino que busca sustento en la doctrina del máximo tribunal establecida en precedentes inmediatos.

En tal sentido, en el considerando 6 desestima parcialmente los agravios de la actora por entender insuficiencias rituales en su formulación al señalarlos constituidos por “afirmaciones dogmáticas que no alcanzan a conmover los fundamentos de la sentencia en recurso... ni ha acreditado la relación de causalidad entre el daño que alega y el hecho generador”.

²² No hay dudas de que en este caso se imponía el rechazo del lucro cesante. Pero ello no sería fundado en la mentada naturaleza expropiatoria, sino en la insuficiente actuación de la actora al no acreditar los extremos de su concurrencia, y al no expresar agravios en legal forma. Las solas constancias de la causa bastaban para ello. Así coincidimos con Gordillo al sostener que “el derecho no es un ejercicio abstracto, sino la solución de problemas concretos” (*op. cit.*, nota 19, p. 47).

Respecto del lucro cesante, si bien entiende su procedencia en estos supuestos por el principio de integridad,²³ aprecia con apego a las constancias de la causa que no ha sido probado. De esta forma resuelve el agravio central y demuestra la índole accesorio del debate en torno a la “naturaleza expropiatoria”, el cual se reduce a un *dictum*.

En efecto, sostiene: “el *a quo* ha admitido que no se ha acreditado su monto, aunque lo tiene por existente... en expresión dogmática que no se compadece con las constancias de la causa”. Tal es la importancia que asigna a los hechos probados en la causa que le motivan a sostener: “...en la materia, los jueces deben actuar con suma prudencia verificando si efectivamente se han producido los daños alegados, a fin de evitar que la solución a la que arriben no resulte manifiestamente irrazonable...”.

Dentro de la índole de este análisis netamente centrado en los antecedentes del pleito, concluye su voto resaltando una vez más la inactividad procesal de la actora, que constituye el único elemento de peso para el rechazo de la demanda. Así, en la parte final del considerando 8 dijo: “la escasa actividad probatoria de la actora ni aun autoriza la aplicación de lo dispuesto en el artículo 165 del Código Procesal”.

5. Breve referencia al caso “Jucalán Forestal”²⁴

La importancia de referirnos someramente a este caso reside en que en el mismo año (1989) en que nuestro máximo tribunal denegó el lucro cesante, se da un paso atrás: se revisa el razonamiento desarrollado en *Motoronce* y se reconoce la integralidad de la indemnización.

La empresa Jucalán Forestal Agropecuaria, S. A., inicia una demanda por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, como propietaria de un establecimiento rural, el cual, por motivo de obras realizadas por la Dirección de Hidráulica de la Provincia, quedó inundada en un

²³ En efecto, en el considerando 7 sostiene que “...el artículo 18 de la Ley 19.549, 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”.

²⁴ *Jurisprudencia Argentina*, 1990, t. II, p. 510.

80%, sufriendo además daños en las instalaciones y muerte de animales, debiendo alquilar otro campo vecino para poder evacuar a los animales que no sufrieron por el siniestro.

Planteada la demanda, la Corte Suprema hace lugar a la misma, aunque con distintos fundamentos en los respectivos votos.

Del dictamen pericial citado en el considerando 7 del voto de los doctores Petracchi y Belluscio se extraen las siguientes conclusiones:

...la Provincia de Buenos Aires debió adoptar una serie de medidas para evitar las consecuencias de una inundación, calificada por el perito como extraterritorial... que realizó a tal fin un conjunto de obras destinadas a impedir que los efectos negativos de esa situación afectaran sectores de alta productividad... o centros poblados, y que entre esas obras construyó el canal La Dulce-Bajo Vidania que, fuera de control, obligó a levantar los terraplenes... uno de esos terraplenes fue agente decisivamente productor de la inundación del campo [Tatita].²⁵

Luego, en el considerando 8 expresa: “Que puede así afirmarse que existe relación causal entre el obrar, por cierto legítimo, de la Provincia y el hecho generador de los daños...”.

La Corte Suprema, en relación con la indemnización debida y los rubros que la integren, expresa, como ya lo ha dicho en otras oportunidades, “que los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por los particulares que se hubiesen derivado de aquéllos, por lo que no pueden limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante...”.²⁶

Agregando que:

...tampoco cabe omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, toda vez que no es dable extender la norma legal que excluye ese resarcimiento a otros supuesto diversos. En primer lugar, porque la expropiación supone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de desapropio (Fallos 306-1409, considerando 8) y, en segundo término, porque la aplicación analógica no parece hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconoci-

²⁵ Campo propiedad de la actora.

²⁶ Considerando 13. Voto de los doctores Petracchi y Belluscio.

miento legal importa una solución de excepción —en este caso, frente al principio general de resarcimiento integral—. Es precisamente esta regla la que torna admisible el renglón reclamado, puesto que el daño sustantivo que aquí se repara es el sacrificio soportado sobre las utilidades probables objetivamente esperadas y no —como en la expropiación— el daño emergente que, de constituir el único indemnizable, estaría lejos de satisfacer aquel recordado principio.

Por su parte, el voto del ministro Fayt califica la responsabilidad del actuar del Estado como proveniente de su accionar legítimo, y al respecto agrega que “no hay norma que autorice a eximir al Estado de la justa e integral reparación de los perjuicios que causare con su actividad (*cf.* *Fallos* 306-1409 [11], disidencia de los doctores Caballero y Fayt).²⁷

En este sentido sostiene que no corresponde disciplinarse esa actividad del Estado bajo las normas del derecho privado. Y que, conforme al artículo 16 del Código Civil, haría tentadora una primera aproximación con el instituto de la expropiación.²⁸

Con el fundamento de que esa solución tropezaría con obstáculos francamente insalvables a la luz de la circunstancia del asunto, toda vez que la actora no ha sido privada de su propiedad, sino únicamente de su uso,²⁹ el voto concluye sosteniendo que la justa solución al conflicto se encuentra en la aplicación del instituto de la ocupación temporánea o expropiación de uso.³⁰ Es así que la ocupación temporánea, por razones normales, puede establecerse —previa declaración legal de utilidad pública— por avenimiento; de lo contrario, ha de ser dispuesta judicialmente a requerimiento de la administración; este último tipo de ocupación apareja indemnización que comprende el valor de uso y los daños y perjuicios ocasionados al bien y cosas ocupados, así como también el valor de los materiales que hubiesen debido extraerse necesaria o indispensablemente con motivo de la ocupación, siendo aplicables en subsidio las reglas indemnizatorias vigentes en materia de expropiación (artículos 57 a 63 de la Ley 21.499).³¹

²⁷ Considerando 14, voto del doctor Fayt.

²⁸ Considerando 19, *ibidem*.

²⁹ Considerando 20, *ibidem*.

³⁰ Considerando 21, *ibidem*.

³¹ Considerando 23, *ibidem*.

El voto del ministro Bacqué reafirma la calificación de responsabilidad por actividad lícita del Estado, si bien sienta la exclusión del lucro cesante —con remisión a los fundamentos de la causa Motor Once, S. A.—.³² Sin perjuicio de ello, rechaza la aplicación sin más de la doctrina de la Corte Suprema en Motoronce,³³ ya que “excluir totalmente dicho rubro significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad”.³⁴ Y agrega que la solución equitativa sería el reconocimiento del lucro cesante; sin embargo, su aplicación no debe ser resultado de una “igualdad matemática que marque la estricta equivalencia con las utilidades que dejó de percibir”.³⁵

Previo a concluir, juzgamos necesario detenernos a formular una reflexión.

El análisis que estamos realizando tiene una finalidad mayor a la de presentar la discusión en torno a la laguna del mentado artículo 18. Es que en última instancia pretendemos mostrar que el errático desarrollo jurisprudencial realizado para determinar la cuantía de una indemnización, esto es, la discusión en torno a la procedencia o privación del lucro cesante, no contempla todas las aristas del problema. En realidad pensamos que el objeto de discusión contiene un ámbito mayor y en realidad debiera postular la discusión acerca de un sistema propio del derecho público y teorizado a partir de nuestro sistema constitucional. La discusión, que quizá será sin fin, que estamos presentando nos habla de la insuficiencia de la teorización realizada en la materia.

V. LA CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA: SOBRE LA DISCUSIÓN RESPECTO DE LOS RUBROS INDEMNIZABLES Y LA FUERZA EXPANSIVA DE LA EXPROPIACIÓN PÚBLICA

No es posible pregonar la conveniencia o inconveniencia de su extensión a la reparación de los daños causados por obrar legítimo, sin antes detenerse a considerar los elementos conceptuales que hacen al régimen de esta técnica limitativa de la propiedad de índole extraordinaria. Se propone establecer una distinción entre el régimen de la expropiación y el de

³² *Jurisprudencia Argentina*, 1989-III-185, 190.

³³ Considerando 14 del voto del doctor Bacqué.

³⁴ Considerando 15, *ibidem*.

³⁵ Considerando 16, *ibidem*.

la revocación de actos administrativos por genéricas razones de interés público, mediante el análisis de los tópicos que establecen la diferenciación sustentada. Ellos son: la noción de expropiación pública y utilidad pública, el requisito de la calificación legal, y el procedimiento expropiatorio.

Mucho se ha discutido sobre su naturaleza y ubicación dentro del derecho público o privado por aquellas posturas que la identificaban con una compraventa forzosa. Sin embargo, no caben dudas de que es una institución de la esencia del derecho público por implicar una potestad, un acto unilateral del Estado expropiador en ejercicio del *jus imperi*, regido por principios propios y distintos del derecho civil. Es un modo especial y de excepción mediante el cual el Estado adquiere la propiedad de bienes sujeto a modalidades predeterminadas. Y le asignamos el carácter excepcional en función de que consiste en un verdadero procedimiento sustantivo y adjetivo mediante el cual se autoriza al Estado a privar coactivamente de la propiedad de un bien a su titular. El recaudo de la calificación legal previa, la intervención del tribunal de tasaciones, y el procedimiento administrativo de avenimiento, cesión amistosa o extrajudicial, sumado a la previsión de la acción contencioso expropiatoria, dan cuenta de ello. Vale decir, para expropiar se precisa de una calificación de utilidad pública por ley formal, con la correspondiente determinación del bien, precedida de una indemnización establecida según la actuación del tribunal de tasaciones. Y de tal entidad es el alcance de la tutela procedimental que en caso de verificarse que al bien expropiado no se le ha dado destino alguno, o no satisface la pregonada utilidad pública, o ha sido afectado a un destino diferente al previsto por la Ley, se habilita la acción de retrocesión para el restablecimiento de los derechos de propiedad turbados. Ellos son los recaudos fundamentales del régimen expropiatorio que no se encuentran reunidos en los supuestos de responsabilidad estatal por actuación lícita.

En la calificación previa por ley formal de utilidad pública reside la verdadera causa expropiatoria.³⁶ Dicha previsión constitucional advierte

³⁶ Esta cuestión, en apariencia semántica, ha preocupado a los autores como Canasi, quien distinguió las nociones de “utilidad pública”, “necesidad pública” e “interés general” asignándoles significaciones distintas. Así sostuvo que el concepto utilidad pública tiene más alcance y materialización que la necesidad pública, de la Revolución francesa, cuajada en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,

que la técnica expropiatoria es extraordinaria, limitada y condicionada al extremo. Y sobre este aspecto se insiste: siendo la declaración legal un elemento imperioso por virtud del cual el Congreso es la única autoridad que puede establecer esta utilidad, de ello se sigue el carácter excepcional de esta facultad de intervención estatal.

Para comprender la naturaleza expropiatoria es importante analizar el contenido del concepto “utilidad pública”. El término fue acuñado por Alberdi, quien se apartó de la Constitución estadounidense que sigue el criterio de los usos públicos,³⁷ adoptados por nuestras Constituciones de 1819 y 1826.

Sin embargo, no es en vano señalar que debido a la magnitud de limitación a la propiedad que tiene la expropiación, todas las legislaciones del mundo son extremadamente parcas en su uso. Así, regulaciones como la inglesa limitaban la técnica de la expropiación a las llamadas “situaciones de necesidad indiscutible”. Al respecto, citando a Blackstone, el antiguo profesor de derecho público Héctor Baudón explicó:

...es tan grande el respeto de la ley por la propiedad que no autorizaría la menor violación de este derecho ni aun a causa del bien general de la comunidad. Si por ejemplo pudiera abrirse un camino por tierra perteneciente a un particular y éste fuese altamente útil para el público, la ley no per-

y en las Constituciones de 1793 (artículo 19) y del año III, y lo vemos en la de 1795 y excluido en la del año VIII. En cambio, se introduce dicha expresión en el artículo 545 del Código de Napoleón de 1804. El concepto más amplio y abstracto de interés general fue introducido en el artículo 38 de la Constitución Argentina de 1949 y suprimido con el retorno a la de 1853-1860. Pero el concepto de utilidad pública, seguido por nuestra Ley 189 y mantenido por la 13264 y la actual, por cuanto tiene base en el artículo 17 del texto constitucional, fue empleado por el Código de Minería, entre otras regulaciones (Canasi, José, *Tratado teórico práctico de la expropiación pública*, Buenos Aires, La Ley, 1967, t. I, p. 49).

³⁷ Siendo el *public use* un concepto más abierto que en nuestro país, en el derecho estadounidense el elemento fundante del *eminent domain* contenido en la quinta enmienda y definido como el “poder de tomar la propiedad privada para el uso público por los estados, las municipalidades y las personas privadas o corporaciones autorizadas a ejercer funciones de sustancia pública”. Así fue definido en el caso “Housing Authority of Cherokee National of Oklahoma v. Langley” (Okl., 555 P.2d 1025, 1028). El instituto de la *expropriation*, visto como “a taking, as of privately owned property, by government under eminent domain”, se convierte así prácticamente en un sinónimo de la noción de *eminent domain* (Tennessee Gas Transmission Co. V. Violet Trapping Co. [La. App., 200 So.2d 428, 433]).

mite a ninguna persona hacerlo sin el consentimiento del dueño de la tierra. En vano se dirá que el bien del individuo debe ceder al de la comunidad, porque sería peligroso conceder a un particular o a un tribunal público que fuese juez del bien común y decidiese si era o no conveniente hacerlo. En éste y otros casos semejantes sólo la legislación puede imponerse y lo hace frecuentemente para compeler al individuo a condescender. Pero, ¿cómo se interpone y lo compele? No despojando al súbdito de una manera arbitraria sino dándole una plena compensación y un equivalente por el daño que se le hace sufrir. Todo lo que el legislador hace es obligar al individuo a ceder la propiedad por un precio racional y aun así sólo con mucha cautela se le permite a la legislatura el ejercicio de este poder.³⁸

El concepto de utilidad pública se sigue en las leyes 189, 13.264 de 1948 y en la actual 21.499, cuyo alcance se encuentra determinado por nociones finalistas como la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social, o todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual.³⁹ Es requisito de ley formal y no puede ser suplido ni por el Poder Ejecutivo ni por el Judicial. Esta exigencia de declaración legal funda la carga del particular de transferir al Estado la porción de propiedad afectada para ser destinado a la satisfacción de la necesidad pública que ha determinado su declaración de utilidad general. Esta declaración lo hace entrar en el carácter de cosa de orden público.

De esta forma, la vigencia de la garantía constitucional de la propiedad exige que ninguna expropiación puede ser practicada si no responde a una causa de utilidad pública calificada por ley; siguiendo este razonamiento es lógico pensar como fundamento de la acción de retrocesión que cualquiera sea la opinión sobre las facultades de los jueces para examinar si dicha causa concurre, es indispensable que esas facultades existan a fin de conjurar eventuales arbitrariedades del accionar estatal.⁴⁰ Así, procede esta acción cuando al bien expropiado no se le asigna el destino específico previsto en la ley u otro que posea conexidad directa, o interdependencia con aquél, o el destino resulta frustrado.

³⁸ Baudón, Héctor R., *Instituciones y garantías de la Constitución. Problemas argentinos contemporáneos*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1930, p. 104.

³⁹ Definición establecida en el artículo 1o. de la Ley Nacional de Expropiaciones, núm. 21.499.

⁴⁰ Coincidimos con la postura de Canasi expuesta en *op. cit.*, nota 39, pp. 48 y 49.

Se advertirá entonces como otra distinción sustancial que el recaudo de cambio de destino como presupuesto de la acción es un elemento desconocido y por ende establece una diferencia cualitativa respecto del régimen de la revocación de actos administrativos por interés público que ninguna previsión posee al respecto.

Finalmente, debe abordarse la cuestión del régimen indemnizatorio de la expropiación, sobre el cual nuestro máximo tribunal ha definido que se trata de restituir integralmente al propietario el mismo valor económico del que se le priva, cubriendo los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación.⁴¹ Sin embargo, es en este tópico donde se plantea el problema central, por cuanto en la realidad existe un contenido complejo de elementos técnicos, económicos y jurídicos que deben integrarse para valorizar el *quantum* indemnizatorio. Y a su vez esa integración tiene su límite en la concurrencia del rubro lucro cesante muchas veces difícil de escindir dependiendo de la naturaleza del objeto expropiado. Por ello es importante analizar brevemente dos valores de dudosa admisión como rubros indemnizables.

1. *El valor llave*

Es uno de los elementos intangibles en el valor de las propiedades, y siguiendo la clásica definición de Lord Eldon, se dice que el *good will* consiste en “la probabilidad de que los antiguos clientes recurrirán al lugar conocido”.⁴² En esta acepción tradicional, por “valor llave” se comprenden todas las ventajas que ha obtenido una firma conocida en la conducción de los negocios, ya sea en relación con la forma en que se conducía anteriormente en el negocio, o con el nombre de la firma, o con cualquier otro aspecto que redunde en beneficio del negocio. Es éste el concepto

⁴¹ CSJN, 7 de octubre de 1976, “Agros S. A. c/Consejo Nacional de Construcciones Antisísmicas y de Reconstrucción de San Juan”, ED 70-167, entre otros pronunciamientos.

⁴² *In re* “Cruttwell vs. Lye”, en Marston y Agg, *Ingeniería de la valuación*, t. 2, p. 307. Cabe aclarar que la doctrina angloamericana ha reproducido este concepto que luego fue ampliándose hasta adquirir la noción de toda disposición que los clientes mantienen hacia la casa de comercio identificada por un nombre o razón social determinada y que puede inducirlos a continuar sus compras en ella (“Churton vs. Douglas, Johns”, Eng. Ch. 174). Para una mejor comprensión del tema sugerimos ampliar en la obra de Canasi, José, *op. cit.*, nota 36, pp. 685 y ss.

establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el precedente “Los Angeles Gas Electric Corp. vs. Railroad Commission of California” en los siguientes términos: “el valor llave es el elemento que reposa en una referencia estable por parte de los clientes y que es propio del negocio establecido y bien conducido”.⁴³

Por su parte, nuestros tribunales —siguiendo el criterio de la realidad económica— tradicionalmente han definido al valor llave como un conjunto de fuerzas productivas integrantes del fondo de comercio a que se refiere la Ley 11.867, conformado por derechos y cosas, que tanto exterior como interiormente se presenta como un organismo, con perfecta unidad, por los fines a que tiende, que no son otros que la obtención de beneficios en el orden comercial e industrial.⁴⁴

Las nociones expuestas nos hablan de la valorización de una situación de preferencia otorgada por la clientela de un establecimiento comercial, industrial o una empresa en relación con sus competidoras.⁴⁵ El problema se plantea entonces en función de que el artículo 10 de la Ley de Expropiaciones excluye como rubros indemnizables los vinculados con “ganancias hipotéticas”, o el mayor valor producto de “obras a ejecutarse”, tópicos asimilables o al menos cercanos al consabido lucro cesante. En consecuencia, este rubro ha sido muchas veces negado por la jurisprudencia, por considerársele incluido dentro del lucro cesante.

Pero debe advertirse que si bien en la expropiación de emprendimientos comerciales o establecimientos industriales este valor puede cuestionarse, lo cierto es que en muchas oportunidades la realidad nos enfrenta a casos en los que este valor resulta en realidad el único rubro tangible por cuanto su privación supera la categoría “lucro” y llega a constituir un verdadero daño emergente, dependiendo del tipo de limitación que el Estado imponga.⁴⁶

⁴³ 53 US S.C. Rep. 37 (8 de mayo de 1933).

⁴⁴ CSJN, *Fallos* 221:187.

⁴⁵ Para una mejor comprensión de la problemática de los rubros integrantes de la indemnización expropiatoria se sugiere ampliar en Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, pp. 595 y ss.

⁴⁶ En igual sentido, *idem*. Si bien con otros argumentos, el autor considera que si bien en el valor llave hay algo de hipotético o de esperanza de lucro, es cierto que también hay un valor positivo y actual, que se computa y pondera en cualquier venta de negocio, acrecentando el valor de inventario; de ahí que corresponda que se lo incluya entre los rubros que integran la indemnización (p. 598).

2. *El valor empresa en marcha*

Si bien hay autores que lo consideran formando parte del concepto anterior, y otros que lo consideran como un rubro independiente, lo cierto es que la jurisprudencia en general es reacia a considerarlo como ítem indemnizable por asimilárselo al estándar “ganancia hipotética” previsto en el artículo 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones. Ello no empece al reconocimiento minoritario que, como tal, merece la pena ser tratado a continuación.

Este rubro es conocido en la doctrina angloamericana como el “*going concern value*”, y quizá uno de los criterios más atractivos para su caracterización fue el expuesto por el *Justice* Lurton de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1910, cuando dijo que no debía el valor de los huesos de la planta, sus propiedades físicas, como sus tierras, sus maquinarias, sus fábricas y depósitos; la diferencia entre una planta muerta y una viva es un valor real, independiente de la concesión que falte o de cualquier valor llave entre tal planta y sus clientes.⁴⁷ En nuestro país la posición fue receptada en los votos minoritarios del juez Luis Boffi Boggero dictados en las causas “Provincia de Buenos Aires c/Empresas Eléctricas de Bahía Blanca” (J.A. 15/3/63), entre otros precedentes.⁴⁸ Allí sostuvo que el valor empresa en marcha difiere de la llave, siendo ambos integrantes del capital, y por lo tanto indemnizables desde que constituyen daño emergente y no lucro cesante, por cuanto —siguiendo al *Justice* Lurton— de lo que se trata es de “una planta viva actual y real y no una planta muerta”. En esta línea argumental puede diferenciarse con claridad una empresa establecida y en plena producción, con un emprendimiento similar pero en estado de inicio de actividades.

Asimismo, en este punto hay una doble distinción sustancial respecto del régimen de la revocación de actos. Por un lado, la exclusión del lucro cesante del artículo 10, entendido como una exteriorización de la técnica de limitación del ejercicio de la propiedad, tiene como fundamento el procedimiento sustantivo de la calificación legal. A ello se le agrega que la explícita exclusión del lucro cesante cumple con la habilitación normativa que reclama el principio de legalidad para condicionar la actuación estatal. Estos extremos no se verifican en la revocación de interés

⁴⁷ 218 US 180. 31 de mayo de 1910.

⁴⁸ *Fallos* 254:441, 454 y 462.

público. Al no regularse un procedimiento minucioso no puede sostenerse la legalidad de la exclusión del lucro cesante por la sola invocación de la naturaleza expropiatoria por cuanto ella no concurre.

De lo expuesto hasta aquí se entiende la diferente naturaleza de la expropiación y la revocación. Así, utilidad pública e interés público aparecen como conceptos distintos, ya que este último aparece como un genérico título de intervención que justifica todo el accionar estatal bajo derecho público, mientras que el primero es un título de excepción.

VI. REFLEXIONES FINALES

Se ha pretendido mostrar la problemática del régimen indemnizatorio en materia de responsabilidad estatal por actuación lícita, fundada en la indeterminación de la pauta indemnizatoria que debiera contenerse en el artículo 18, párrafo 2, de la Ley de Procedimientos Administrativos.

A fin de ilustrar acerca del marco teórico dentro del cual cobra vigencia el sistema de la norma en cuestión, se presentaron los lineamientos centrales de las dos posturas opuestas a la luz de su desarrollo jurisprudencial.

De la misma manera se plantearon los componentes del problema y las soluciones contenidas en la ley de emergencia económica, advirtiéndose su dudosa vocación para dar solución al problema, precisamente por tratarse de una norma contingente.

En consecuencia, creemos que de la explicitación del marco teórico formulado se advierte que las dos posturas delineadas por la jurisprudencia para colmar la supuesta laguna normativa se fundan en la analogía al amparo del artículo 16 del Código Civil. En un caso se invocará para justificar la fuerza expansiva de los principios de la expropiación pública, postulando entonces la privación del lucro cesante. En el otro caso se la invocará para sostener los postulados de la indemnización integral.

Al respecto, creo que la aplicación analógica de normas debe ser realizada para ampliar la protección de los derechos fundamentales y consecuentemente para ampliar el haz de garantías constitucionales y no para limitarla. A los fines de esta investigación, implicará la imposibilidad de restringir la indemnización debida con fundamento en los principios expropiatorios.

En consecuencia, consideramos que una hermenéutica adecuada que consulte el plexo constitucional y los postulados del llamado “orden público supranacional”, debe integrar la laguna del mentado artículo 18 con las reglas y principios contenidos en el sistema interamericano de derechos humanos. Me estoy refiriendo a la implicancia de principios tales como el de interpretación evolutiva de los derechos humanos.

Las consideraciones hasta aquí expuestas nos revelan que a partir de la sanción de la Ley 19.549, a fin de determinar la cuantía de una indemnización, en nuestro país se discute sobre la procedencia o privación del lucro cesante, partiendo de la construcción local de ambas categorías en nuestro Código Civil y su interpolación al derecho público a la luz de las pautas construidas por nuestra jurisprudencia, pero sin tomar en consideración las pautas provistas por el plexo constitucional.

Puede advertirse una cierta disfunción en el sistema local nuestro por cuanto la discusión en torno a la responsabilidad estatal por actuación lícita, al no ser construida a partir de nuestro ordenamiento considerado como sistema, no llega a aprehender las cuestiones en juego ni a abordar las aristas del problema frente a los casos concretos a los que ella se refiere. Ello lo advertimos al abordar dos rubros indemnizatorios que, entre otros, adquieren significancia en la materia: el valor llave y valor empresa en marcha.

En nuestra opinión, la integración del sistema de la norma nos pide un trabajo mayor. Reclama de nosotros la teorización situada en nuestro derecho público mediante la necesaria referencia a nuestro modelo constitucional originario, la evolución de sus categorías centrales y su adecuación al nuevo orden público supranacional.