

INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTIVIDAD LÍCITA: LA EXCEPCIÓN A LA REGLA PROHIBITIVA (LNRE VS. LEY DE BASES)¹


por Dra. Ana Salvatelli²

SUMARIO

I. Introducción	01
II. ¿Reparación limitada al daño emergente o reparación integral? Un panorama	05
III. El impacto de la Ley de Bases. Los supuestos alcanzados en una reparación integral	17
IV. Nuestra posición	26
V. Primeras conclusiones	31

I. INTRODUCCIÓN

Cumplida la primera década de vigencia de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado [en adelante LNRE³], continúa la expectativa sobre lo que sucederá con su art. 5º, en cuanto establece la prohibición, como regla para todos los casos, de la indemnización del lucro cesante por daños causados por actividad estatal lícita.

Recordemos que —como veremos más adelante en este trabajo— se trata de una de las polémicas más ricas de la materia, que ha dividido la posición de los autores, de la jurisprudencia, e inclusive de las normas que a nivel local regularon la responsabilidad estatal.

1. Salvatelli, A. (2025). Indemnización del lucro cesante en la responsabilidad estatal por actividad lícita: la excepción a la regla prohibitiva (LNRE vs. Ley de Bases). *Revista Derecho Administrativo*, 158, 21-36.

2. Abogada. Mg. Abogacía del Estado por la Procuración del Tesoro de la Nación. Doctoranda UBA. Profesora adjunta de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho UBA). Coordinadora del Posgrado en Derecho Administrativo y Administración Pública (Derecho UBA). Autora de numerosas publicaciones. Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la Auditoría General de la Nación.

3. BO 08/08/2014.

El punto en tensión es la procedencia o no del rubro indemnizatorio lucro cesante, definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como las “ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades debida y objetivamente comprobadas”⁴.

Así, estando pendiente el test judicial de constitucionalidad y convencionalidad que ha de sortear aquella regla prohibitiva impuesta en la LNRE, impacta como novedad el dictado de la Ley de Bases⁵, que al sustituir el art. 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante LNPA) establece con relación al acto administrativo regular —parte pertinente— que “(...) también podrá ser revocado, sustituido o suspendido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios producidos, de conformidad con la metodología dispuesta por la reglamentación. En esos supuestos, la indemnización comprenderá el lucro cesante debidamente acreditado”.

Como resultado de ello advertimos una colisión normativa, porque dentro del universo posible de casos de responsabilidad por actuación estatal lícita, la Ley de Bases ha modificado los alcances de la reparación que corresponde para un supuesto específico: la revocación de acto administrativo regular por oportunidad, mérito y conveniencia. Por lo mismo, la prohibición de indemnización del lucro cesante prevista en el art. 5° de la LNRE, continua vigente para todos los demás supuestos.

Hay que decirlo, este es un tema gravitante porque impacta de lleno en el corazón del instituto de la responsabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que

4. Ver CS, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, Fallos 306:1409; “Cadesa SA c. Estado Nacional (ANA) s/ daños y perjuicios”, 21/03/1989, Fallos 312:343; “Motor Once, SACel c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 09/05/1989, (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi), Fallos 312:659; “Mackentor SA c. OSN s/ daños y perjuicios”, 27/06/1989, (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi), Fallos 312:1017; “Jucalán Forestal Agropecuaria SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 23/11/1989, Fallos 312:2266; “Cachau, Oscar José c. Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios”, “Discam SA c. Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios”, “Don Santiago SCA c. Bs. As. Pcia. de s/ daños y perjuicios”, 16/06/1993, Fallos 316:1335; “El Jacarandá SA c. Estado Nacional s/ juicio de conocimiento”, 28/07/2005, Fallos 328:2654; “Gerbaudo, José Luis c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 29/11/2005, Fallos 328:4175; “Ronar SAMALyC c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 24/11/2015; “Consultora Megator SA c. Estado Nacional s / ordinario”, 09/12/2015, Fallos 338:1477.

5. Ley 27.742 “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (BO N° 44030/24, 08/07/2024).

no es otro que el derecho a la reparación del daño, ampliamente receptado en su dimensión convencional y constitucional (arts. 21.2 y 63.1, CADH, y arts. 17 y 19, CN) y en el Cód. Civ. y Com. (arts. 1716, 1738, 1740 y ccds.). Pero muy especialmente importa para la configuración de la responsabilidad del Estado como la conocemos en nuestro sistema, porque su foco está puesto, casi exclusivamente, en su función resarcitoria, en desmedro de la función preventiva ya receptada en el Cód. Civ. y Com. —arts. 1710 a 1715—, entre otras⁶. Es que la responsabilidad estatal en la práctica, en nuestro país, se refiere a la sustanciación de causas judiciales en las que se persigue la reparación de daños y perjuicios⁷, y consecuentemente, definir el alcance de la reparación en cualquier caso constituye la razón de ser del instituto de la responsabilidad estatal en particular.

Desde esta última perspectiva, debemos anticipar, la excepción que se introduce a través de la Ley de Bases en la regla prohibitiva del art. 5° de la LNRE no era la que habíamos previsto⁸.

Antes bien, pensábamos que ello iba a tener lugar de la mano de la especial consideración de los bienes jurídicos dañados, en consonancia con el Estado constitucional y social de derecho en el que dicha responsabilidad se enmarca, bajo el paradigma de la constitución reformada en el año 1994 y la constitucionalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), a

6. Ver, para mayor desarrollo, el Capítulo Primero de nuestra obra “El Estado responsable”, Astrea, Buenos Aires, 2024, “Visión integrada de la responsabilidad estatal”, p. 3 y ss.

7. Ver CASSAGNE, Juan C., “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público, ps. 29 a 47; “Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, RAP, nro. 326, 2005, p. 53, y “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LA LEY, 2009-F, 1026; COMADIRA, Julio R., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, EDA, 2002-756; PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino”, RAP, nro. 237, 1998, p. 9, MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad pública Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ábaco, Buenos Aires, 2001, y ed. del autor (e-book), 2006, p. 30; BALBÍN, Carlos F., “Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo”, Astrea DPI Cuántico, Buenos Aires, 2016, p. 1, y “Tratado de derecho administrativo”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015; CAPUTI, Claudia, “Responsabilidad del Estado, Sistematización y síntesis jurisprudencial”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, entre muchísimos otros. Como se dijo, “las reparaciones constituyen el horizonte natural de las expectativas individuales y sociales en los casos contenciosos” (GARCÍA RAMÍREZ, “Los derechos humanos y la jurisdicción americana”, p. 147), citado por ROUSSET SIRI, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista Internacional de Derechos Humanos, nro. 1, 2011, p. 59.

8. Ver nuestro trabajo “El fundamento convencional de la responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho Público, 2019-1-265.

través del art. 77 inc. 22. Nosotros creemos que lo que se impone como desafío a la responsabilidad estatal es la una valoración cualitativa del daño, porque no es lo mismo la afectación del derecho a la vida, la salud, la integridad física, que la lesión del derecho de propiedad en sentido material. Tampoco lo es si aquel impacta en un sujeto especialmente protegido o en condición de vulnerabilidad (niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, mujeres o diversidades en situación de violencia, migrantes, detenidos), teniendo en cuenta la extensión de las obligaciones estatales que aquel introdujo, que hacen al Estado responsable.

Por el contrario, la excepción introducida por la Ley de Bases coloca en el centro de la protección el derecho de propiedad en sentido material de aquellos que, por cambios en la definición del interés público comprometido, sufran un daño a manos de una decisión estatal revocatoria del beneficio de que se trate. Es una solución que no está inspirada en aquello que entendimos iba a prevalecer, ligado a las garantías convencionales que colocan en el centro del sistema la dignidad de la persona humana⁹, sino en un paradigma diferente que nos remonta a un Estado cuyo rol consiste en brindar garantías de no interferencia en el pleno goce de las libertades individuales, con eje en el derecho de propiedad (art. 17 CN)¹⁰.

Con todo, en lo que sigue intentaremos, primero, brindar un panorama sobre la polémica instalada en torno a la procedencia de la reparación del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad por actividad lícita, para entender el contexto de la regla prohibitiva que establece el art. 5° de la LNRE, luego delimitaremos la excepción establecida por la Ley de Bases y sus proyecciones, y finalmente esbozaremos nuestra posición y unas primeras conclusiones.

9. Ver SAMMARTINO, Patricio, "Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho", *Derecho Público*, nro. 2, 2012, p. 229 y ss., y GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, "Control de convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa", *Astrea*, Buenos Aires, 2022, p. 129.

10. BALBÍN, Carlos F., "Manual de Derecho Administrativo", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 31 y ss.

II. ¿REPARACIÓN LIMITADA AL DAÑO EMERGENTE O REPARACIÓN INTEGRAL? UN PANORAMA

A diferencia de lo que sucede en el ámbito la responsabilidad estatal por actividad ilegítima, en la que existe amplio consenso doctrinal y jurisprudencial acerca de que el principio aplicable es el de la reparación integral¹¹ el ámbito de la actuación lícita tiene lugar una de las discusiones más álgidas que se han planteado a lo largo de la construcción de la teoría general de la responsabilidad estatal en nuestro país, que gira en torno a la aplicabilidad o no del mismo principio.

Para comprender un poco más los alcances de esta discusión —sin pretender agotar el tema que ha sido materia de profundas y calificadas reflexiones¹²—, vamos a brindar un panorama desde una triple perspectiva: a) posturas doctrinales; b) la jurisprudencia, marcada por casos emblemáticos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y c) la normativa, porque la responsabilidad dictadas tanto a nivel nacional como local han resuelto de manera diferente esta misma cuestión

El punto de partida es identificar dos posiciones encontradas.

De un lado, la conocida como “fuerza expansiva de la expropiación”¹³ —que llamaremos reparación limitada— que ubica en este último instituto, por

11. CASSAGNE, Juan C., “El principio general de la justa indemnización de la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?”, LA LEY, 2015-E, 765. Este consenso cobra singular importancia frente al silencio de la LNRE sobre el punto. Por su parte, algunas provincias sí se pronunciaron sobre el tema con remisiones expresas al Cód. Civ. y Com. (LRE de Mendoza, art. 5º, LRE de la provincia de Entre Ríos, art. 1º in fine, LRE de la provincia de Río Negro, art. 6º, LRE de la CABA, art. 2º).

12. Destacamos especialmente el trabajo de PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, TR La Ley 0003/014744. También del mismo autor “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 142 y ss.

13. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, t. IV, p. 134; COMADIRA, Julio R., “Imprudencia del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 415. Para una reseña exhaustiva ver PERRINO, Pablo, “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la ley 26.944 de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, en ROSATTI (Dir.), Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, p. 250, nota 2 y también, del mismo autor, cita 493 en la obra “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 143.

analogía, el sustento de los alcances de la indemnización debida por daños sufridos por actividad lícita estatal, excluyendo siempre el lucro cesante, y del otro, una postura aperturista a la admisión del principio de reparación integral en estos supuestos, sin distinción en respecto del ámbito de la responsabilidad por actuación ilícita.

Reparación limitada

Para esta primera postura lo importante es que la responsabilidad estatal por actuación lícita nunca tuvo anclaje en el Cód. Civil, porque este no contiene ni contuvo disposiciones aplicables a este tipo de supuestos, y consecuentemente tampoco puede extenderse luego su definición sobre el alcance de la reparación (ex art. 1069 –actual art. 1740, Cód. Civ. y Com.–), sino que siempre fue fundada directa y especialmente en el art. 16 de la CN, por la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas que supone el sacrificio especial causado por el daño.

Hay una identidad propia y distinta en la responsabilidad estatal por actuación legítima que rompe con los parámetros clásicos de la responsabilidad civil y justifica un análisis igualmente diferenciado del alcance de la reparación que corresponde admitir¹⁴.

Es que, como hemos señalado en anteriores reflexiones¹⁵, si tuviéramos que identificar el *ius commune* del derecho a la reparación en nuestro sistema jurídico, lo encontramos ampliamente receptado en su dimensión convencional y constitucional (arts. 21.2 y 63.1, CADH, y arts. 17 y 19, CN) y en el Cód. Civ. y Com. (arts. 1716, 1738, 1740 y ccds.), pero siempre sobre la base de que el daño proviene de un ilícito (incumplimiento de la norma convencional

14. Como se dijo, “(...) la responsabilidad extracontractual del Estado, al actuar en tal carácter, no está regida por un principio único para los ámbitos público y privado, sino por normas y criterios de derecho público de raíz constitucional” (MARIENHOFF, Miguel S., “Otra vez acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Respuesta a algunas objeciones”, LA LEY del 02/11/1992, 1 (id. SAJ DACA930047).

15. “El Estado responsable”, Astrea, Buenos Aires, 2024, p. 173 y ss.

—CADH— o violación del deber de no dañar a otro —art. 19, CN, y art. 1716, Cód. Civ. y Com.—). Por ende, no serían trasladables, sin matices, los mismos fundamentos (convencionales, constitucionales y legales) que sirven para los alcances de la reparación en los casos de actuación ilícita a los de actuación lícita, ya que la admisión de esta última no tiene por origen esa antijuridicidad.

De modo que la inaplicabilidad del esquema de la responsabilidad civil a estos supuestos de responsabilidad estatal es la clave para comprender por qué desde el derecho público que la rige se postuló la aplicación analógica de la norma que dentro de este, mejor se adecue a su realidad.

Y esta última fue la ley de expropiaciones, atendiendo a la comunidad de principios existente entre ambos institutos, en los que se identifica una *intromisión estatal autorizada en el derecho de propiedad del particular que, ante la garantía constitucional de inviolabilidad, debe ser indemnizado* (art. 17 CN). En efecto, la propia Constitución Nacional, por razones de utilidad pública (justificación en el interés público) autoriza la violación del derecho de propiedad (intromisión autorizada) porque lo hace en ese interés general, pero siempre que, en resguardo de la garantía de inviolabilidad de la propiedad, indemnice el daño que causa.

Así también lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha reciente¹⁶, identificando esta comunidad de principios que nuclea los institutos de la expropiación —en un extremo— y las meras restricciones administrativas —en el otro—, pasando por la responsabilidad estatal por actividad lícita, bajo la denominación de *intromisiones estatales autorizadas en el derecho de propiedad*, que tiene siempre por norte la “utilidad pública” que justifica esa intromisión y la torna lícita, sin eximir al Estado, obviamente, de indemnizar el daño producido.

Pues bien, como consecuencia de este paralelismo de institutos y de la distancia que toma la responsabilidad estatal por actos lícitos respecto de las soluciones del

16. CS, “Mercau, María del Rosario y otro c. Municipalidad de Merlo s/ acción contencioso-administrativa”, 20/02/2024, Fallos 347:18.

derecho común, resulta una reparación limitada al daño emergente con exclusión del lucro cesante.

Ello así por cuanto el art. 10 de la ley nacional 21.499 de Expropiaciones establece: “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante”.

De esta forma, siendo que la regla prohibitiva del art. 5° de la LNRE se inspira en la norma recién transcrita, advertimos de parte del legislador una definición valorativa del ámbito de la responsabilidad por actuación lícita, en el sentido de no ir más allá —con la reparación— de lo que concretamente previó ante la afectación de la misma garantía en los casos de expropiación. A su vez, ello se afianzó, ya que antes de la reforma de la Ley de Bases, la LNPA nada había establecido en torno a los alcances de la reparación que correspondía reconocer en, nada menos, su art. 18, que preveía el supuesto —hoy modificado— de revocación de actos regulares por oportunidad, mérito y conveniencia, que participa de este ámbito del responder.

Desde la perspectiva jurisprudencial, esta postura de reparación limitada fue fundadamente explicada por la procuradora fiscal ante la Corte Suprema, la doctora Graciela Reiriz, en el caso “Motor Once”¹⁷, que pone de manifiesto la tensión entre los derechos constitucionales en ejercicio (trabajar, ejercer toda industria lícita, comerciar (arts. 14 y 29 CN) y el agravio que supone su supresión posterior en el derecho de propiedad (art. 17, CN), que debía encontrar tutela en la correspondiente indemnización.

En tal sentido, no está de más recordar aquí que la causa se origina en la modificación del Código de Edificación de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que provocó el dictado de un acto por el que el municipio dispuso

17. CS, “Motor Once SACI c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 09/05/1989, Fallos 312:65.

el cese de expendio de combustible en el negocio que explotaba la actora. Ella era propietaria de un inmueble sito en la ciudad, en el que había sido autorizada a construir, dentro del mismo predio, un edificio torre en propiedad horizontal y una estación de servicio. Explotaba esta última con regularidad hasta que un cambio normativo (dictado de una ordenanza) modificó el cuadro de las prevenciones contra incendio en el Código ya mencionado, prohibiendo que viviendas o locales en pisos altos coexistieran con las estaciones de servicio. Esa nueva prevención se hizo efectiva y se tradujo en una resolución que intimó a la actora al vaciado de los tanques de combustibles y al cese de su actividad.

La Corte Suprema señala que no están en discusión las facultades municipales de reglamentar el ejercicio de los derechos dentro del territorio mediante restricciones de policía que se funden en motivos de salubridad, moralidad o seguridad, y que en ese contexto resultaba razonable la medida adoptada en salvaguarda e integridad de los habitantes de la comuna, porque había sido demostrado que toda eventual explosión de los surtidores implicaba un riesgo cierto para las personas que estaban en las cercanías, por la propagación en todas las direcciones de las ondas expansivas. Concluye, así, que la aplicación de esta prevención a la estación de servicio del actor es constitucional.

Ahora bien, esta última conclusión va de la mano de admitir también que se está frente a un supuesto de responsabilidad del Estado por acto lícito, del que deriva la obligación de reparar, porque la autorización para funcionar importó tener por acreditadas las exigencias reglamentarias que le permitieron a la actora el goce de sus derechos preexistentes, de ejercer toda industria lícita, trabajar, comerciar, y que —por eso— su supresión posterior implicó el agravio de su propiedad (art. 17, CN), que debía encontrar tutela en la indemnización reclamada, como lo consagraba el entonces art. 18 de la LNPA.

El punto es que, luego de sucesivas intervenciones de la Corte Suprema en la misma causa, en un último fallo resolvió sobre la improcedencia de incluir en la reparación el rubro lucro cesante sobre la base de la opinión de la procuradora fiscal, a la que se remite en el voto de la mayoría, y cuyas líneas principales recordaremos a continuación.

En primer lugar, el tema a decidir se encuadra señalando que se trata del “alcance del resarcimiento que corresponde otorgar, en virtud de la responsabilidad de la Administración municipal, derivada de la aplicación de una norma general de policía —a través de actos individuales de ejecución—, que estableció la prohibición de seguir ejerciendo, determinada actividad, en el establecimiento comercial que explotaba la parte actora”.

Luego toma distancia del precedente “Sánchez Granel” —que comentaremos al referirnos a la postura de la reparación integral—, afirmando que en él había un marco legal definido (la Ley de Obras Públicas y Previsiones Conexas), dentro del cual debía construirse la solución acerca de la indemnización que correspondía ante la extinción legítima de un contrato de ese tipo, de modo unilateral. Por otro lado, expresa que allí la Administración decidió un sacrificio patrimonial, autorizado en el plexo normativo del propio contrato, según situaciones jurídicas singulares anteriormente constituidas que se liquidan en su propio seno; mientras que aquí se trata de un acto imperativo, producido en el ámbito de una relación de supremacía general que se justifica en el poder de policía, reservado a la autoridad municipal para actividades que se desarrollan en el ejido urbano.

Señala que para el caso no hay normas expresas que resuelvan los rubros a indemnizar, dado que el art. 18 de la LNPA no establecía dichos alcances, sino que solo se limitaba a establecer el derecho a ser indemnizado frente a una decisión como la del caso, más no su extensión. Ante ello, y acudiendo al principio de analogía (ex art. 16, Cód. Civil), entiende que las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación discutida en el caso son las de la ley 21.499 de Expropiaciones.

El paralelismo que formula entre ambas figuras (responsabilidad estatal por actividad legítima y expropiación) se basa en que ambas son “intromisiones estatales autorizadas”, que tienden a proteger la misma garantía constitucional (inviolabilidad de la propiedad) y persiguen una finalidad típica de interés público, como anticipamos más arriba. En consecuencia, cuando el art. 17 de la CN protege esa garantía, lo hace autorizando que —por razones de interés público— ella ceda mediante el instituto expropiatorio, y así es que este instituto iuspubli-

cista, y su reglamentación, es el que corresponde aplicar por la analogía de las situaciones contempladas, en opinión de la procuradora fiscal.

También porque, en su criterio, la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado —actuando conforme a derecho— fallan todos los preceptos sobre los actos ilícitos, en abono de lo cual cita derecho comparado. Por aplicación de estos criterios, concluye el dictamen que la indemnización del caso debe ceñirse al modo de responder establecido en la ley de expropiaciones, cuyo art. 10, como vimos, veda el reconocimiento del lucro cesante, más aun teniendo en cuenta que en la expropiación se produce una transferencia de valores patrimoniales del sujeto expropiado al expropiante, mientras que en autos ni siquiera eso sucede, ya que la Administración no ha acrecido en su patrimonio a resultas de la decisión cuestionada. Razona así que si bien es lógico compensar el sacrificio especial sufrido por la actora —que debe ser compensado a través de la generalización del perjuicio producto de la indemnización—, ello no puede exceder a la que corresponde a un desapoderamiento de un bien expropiado por razones de utilidad pública.

Bajo estos argumentos, como anticipamos, la Corte Suprema se remite a lo dictaminado por la procuradora fiscal y hace lugar a la queja, declarando procedente el recurso del municipio, y deja sin efecto el reconocimiento del lucro cesante dispuesto en el pronunciamiento de la Cámara interviniente.

Este precedente jurisprudencial resultó señero para identificar la postura de la reparación limitada, y fue seguido en numerosos precedentes, tales como “Corporación Inversora los Pinos”¹⁸, “Cantón”¹⁹, “Malma Trading”²⁰, y mucho tiempo después, desarrollada por la jueza Highton en sus disidencias en los casos “El Jacarandá” y “Zonas Francas”, como veremos más adelante.

18. CS, “Corporación Inversora Los Pinos SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 22/12/1975, Fallos 293:617.

19. CS, “Cantón, Mario E. c. Nación”, 15/05/1979, Fallos 301:403.

20. CS, “Malma Trading SRL c. Estado nacional —Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos— s/ proceso de conocimiento”, 15/04/1914, Fallos 337:548.

Luego también se refleja en el principio prohibitivo establecido en el art. 5° de la LNRE: “En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

Al mismo tiempo, otras provincias que regularon orgánicamente la responsabilidad también siguieron la regla de la prohibición de indemnizar el lucro cesante (Entre Ríos, art. 5° y art. 13 de la LRE de Río Negro).

Reparación integral

En contraposición a lo expuesto hasta aquí, se postula que la reparación en los casos de responsabilidad estatal debe ser integral, como lo es por principio para la responsabilidad en general en nuestro sistema jurídico. Recordemos que en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho que tiene toda persona a una reparación integral de los daños sufridos es un principio basal del sistema de reparación civil, “que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la ley fundamental (conf. arts. I, DADDH; 3°, DUDH; 4°, 5° y 21, PSJCR, y 6°,PIDCP)”²¹.

Tempranamente se señaló²² que ello es así por aplicación del principio de la reparación integral, que debe ubicarse en el art. 19 de la CN, disposición que consagra la regla o principio *alterum non laedere* y que —como lo ha reconocido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación— toda la reglamentación que realiza el Cód. Civil tiene fundamento en aquel principio con raíz constitucional y no es patrimonio exclusivo del derecho privado, sino que expresa un principio gene-

21. CS, “Grippo, Guillermo O.; Claudia P. Acuña y otros c. Campos, Enrique O., y otros s/ daños y perjuicios (accidente de tránsito c/ lesiones o muerte)”, 02/09/2021, Fallos 344:2256.

22. MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad pública Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ábaco, Buenos Aires, 2001, y ed. del autor (e-book), 2006, “La responsabilidad pública”, p. 134 y sus citas.

ral que regula cualquier disciplina jurídica. También se sostuvo²³ que el lucro cesante está incorporado al patrimonio del acreedor y goza de la protección que el art. 17 brinda al derecho de propiedad con la misma fuerza que el daño emergente. Como tal, no reconocerlo supone una limitación que en todo caso puede admitirse solo en forma excepcional pero no como regla general.

Más elocuente aún: “la insuficiencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la reparación o restitución (la clásica *restitutio*) no puede alegarse como pretexto o argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, así como de otros daños, como la violación de los derechos personalísimos, respondiendo tanto por las consecuencias inmediatas como por las mediatas previsibles”²⁴.

Desde la perspectiva jurisprudencial, esta posición fue sostenida por la Corte Suprema en el recordado precedente “Sánchez Granel”²⁵, una sociedad comercial que había sido contratada por la demandada Dirección Nacional de Vialidad para la construcción de la denominada “Ruta 215 Tramo La Plata Loma Verde (Sección Abasto Etcheverry)”, pero el contrato de obra pública no logró ejecutarse, porque el crédito internacional que servía para su financiamiento no se efectivizó, y entonces aquel fue rescindido alegando oportunidad, mérito y conveniencia. Justamente por eso es que la actora persigue el resarcimiento derivado de dicha rescisión, y la discusión se va a centrar en si le corresponde o no el resarcimiento del lucro cesante por el contrato frustrado.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) había confirmado la sentencia de primera instancia que declaró improcedente el lucro cesante reclamado por la actora, quien recurre entonces ante la Corte Suprema. El pronunciamiento de esta última es im-

23. BIANCHI, Alberto B., “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, *Ábaco*, Buenos Aires, 1999, p. 171.

24. CASSAGNE, Juan C., “Curso de derecho administrativo”, *La Ley*, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 431.

25. CS, “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad”, 20/09/1984, Fallos 306:1409.

portante para el tema que nos ocupa, por cuanto fija como doctrina central del fallo —en posición mayoritaria— que “la legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquel se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión de la de hacerse cargo del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetiva debida y estrictamente comprobadas”.

Lo que sostiene en fundamento de ello es que, una vez superadas las épocas de limitación de la responsabilidad del Estado a supuestos de actividad ilícita, y admitida esta también en el campo de actuación lícita, el principio que rige es el del “derecho a una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable, sino que dicha indemnización solo puede encontrar obstáculo quizá, en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular”. Coherentemente con esto último, el voto mayoritario aborda primero la ley de obras públicas, analizando —en particular— los arts. 30, 34, 38, 53 y 54, inc. f, de la ley 13.064, y concluye que dichas disposiciones no relegan ni se oponen al reconocimiento del lucro cesante en el caso. Tampoco lo hace el art. 18 de la LNPA

—señala—, el cual (al no aclarar cuáles son los alcances de la “indemnización de los perjuicios”) funda la concesión de dicho rubro antes que su prohibición, “porque el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad”.

En tal sentido dice que no corresponde la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, porque ella exime expresamente al Estado de aquel principio y porque supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio; esto es, algo distinto de lo que sucede en el caso que nos ocupa. Respecto de la “fuerza mayor” invocada por la administración para rescindir, por los “inconvenientes de orden económico-financiero” que afectaron los recursos para afrontar la obra, afirma el voto mayoritario

que la significación de aquel concepto, como eximente de responsabilidad, debe estar referida a la imposibilidad absoluta de la ejecución del contrato (p.ej., por una guerra). Pero, en el caso, los aludidos inconvenientes no tienen el carácter de justificativos válidos, especialmente si se tiene en cuenta que la administración solo pue-

de atribuirlos a sí misma. Bajo estos argumentos se declara admisible el resarcimiento del lucro cesante.

Para la disidencia, en cambio, si bien no se discute que en el caso el Estado es el responsable del deber de resarcir los daños causados al contratista por la revocación del contrato de obra pública, el alcance de la indemnización debe regirse por principios propios del derecho público, que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privadas. Destaca que se trata de un contrato típicamente administrativo, respecto del cual el Estado tiene una potestad revocatoria que no requiere un reconocimiento expreso ni está en discusión, aun por oportunidad, mérito o conveniencia. Por eso no se verifican extremos de ilicitud, ya que el Estado tenía el poder, que el interés general le reclamaba, de desistir de la realización de la obra fundándose en aquellas razones (art. 18, LNPA), todo ello sin culpabilidad, irrazonabilidad o carente de un fin de interés general. A la hora de determinar la reparación, coherentemente con lo expuesto, para la disidencia deben aplicarse instituciones análogas.

Se detiene en el instrumento jurídico básico aplicable al caso (la Ley de Contrato de Obra Pública), para decir que no contiene una norma específica sobre la situación que se plantea, pero sí contempla situaciones análogas, como la supresión total de un ítem del contrato o la alteración sustancial del proyecto, en las cuales el contratista está autorizado a rescindir, pero sin que se liquide a su favor “suma alguna en concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas” (art. 54, inc. f, ley 13.064).

Agrega —en el caso— que del propio pliego de licitación de la obra surgía que ella se llevaba a cabo mediante un préstamo del Banco Mundial, que no pudo concretarse por las circunstancias financieras que sufrió el país

en 1975, y lo vincula con que —al momento de expresarse los motivos del propio proyecto de sanción de la ley 13.064— se aludió a la decisión de no reconocerle al contratista la procedencia del lucro cesante en el cuerpo de la ley, “ya que lo contrario implicaría poner la actividad del Estado al servicio de intereses privados [...] cuando el Estado deja de cumplir sus compromisos, no lo hace de mala fe”; todo ello, con cita del “Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados”. Concluye, así, que si la propia ley no reconoce el lucro cesante cuando media una conducta culpable de la administración, al modificar sustancialmente el contrato, menos aún corresponde admitirlo si actúa sin culpa en la rescisión del contrato —como en el caso— y la obra ni siquiera fue comenzada.

Esta doctrina que fija como principio la procedencia de la reparación integral y no su limitación al daño emergente, es seguida por la Corte Suprema, en mayoría, en los precedentes “El Jacarandá” y “Zonas Francas” que luego abordaremos.

A nivel normativo, si bien el piso común de las leyes orgánicas de responsabilidad estatal dictadas en las distintas provincias, es la negación de la procedencia de indemnización del lucro cesante frente a los daños causados por actividad estatal lícita, aparece como solución diferenciada la de la provincia de Mendoza, que dispone en el art. 10 de su LRE (parte pertinente): “(...) No procede la reparación del lucro cesante causado por actividad legítima, ni se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños”. Similar alcance es el que le dio la LRE de la CABA en el art. 5º: “La indemnización de la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por actividad legítima comprende solo el resarcimiento del daño emergente, entendiendo por tal los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública. Sin embargo, cuando se afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas,

y en caso de verificarse los requisitos del art. 3° de la presente ley, el juez podrá fijar prudencialmente los rubros indemnizatorios correspondientes al lucro cesante, debiendo explicitar las concretas razones que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne dicho rubro. En el supuesto de reconocerse el lucro cesante, no podrá ampliarse a otros supuestos como la pérdida de chance”.

Como se advierte, a la directa prohibición establecida en el art. 5° de la LNRE, al silencio de la LRE de Entre Ríos y a la fórmula empleada en la de Río Negro (también por la negativa), le sigue la diferencia marcada en las de Mendoza y CABA, que permiten la reparación de este rubro, siempre que el daño haya afectado bienes jurídicos como la vida, la salud o la integridad física de las personas. En estos supuestos se autoriza al juez a fijar prudencialmente una reparación del lucro cesante, aclarando —algunas de estas normativas— que no puede incluirse la pérdida de chance.

III. EL IMPACTO DE LA LEY DE BASES. LOS SUPUESTOS ALCANZADOS EN UNA REPARACIÓN INTEGRAL

Como resultado del panorama reseñado en el acápite anterior, se advierte que tanto desde la doctrina, como la jurisprudencia y las normas que regularon orgánicamente la responsabilidad estatal, es posible limitar la indemnización excluyendo el lucro cesante como rubro, o reconocerla integralmente, comprendiendo en ella la realidad del daño infligido cualquiera sea el rubro indemnizatorio involucrado, sujeto siempre a lo que pueda probarse.

En dicho contexto, la Ley de Bases contempla una especial protección para un supuesto particular de responsabilidad estatal por actividad lícita²⁶, como es el de revocación de actos regulares por oportunidad, mérito o conveniencia (art. 17 LNPA), incluyendo en su reparación el lucro cesante y rompe de ese modo con la regla prohibitiva del art. 5° de la LNRE.

²⁶. Para un análisis comparativo con otros supuestos, nos remitimos a nuestra obra “El Estado responsable”, Astrea, Buenos Aires, 2024, p. 300 y ss.

Se dijo al respecto que de esta manera se aclara una cuestión que había dado lugar a controversias y se acotan parcialmente los efectos perniciosos de una regla cuya constitucionalidad, por constituir una suerte de declaración genérica de utilidad pública de todo acto administrativo creador de derechos a favor de un particular, sigue siendo cuestionable en cuanto no haya una ley que declare tal utilidad pública²⁷.

Para contextualizar esta última observación, recordemos que siempre se sostuvo²⁸ que la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia no se refiere a cuestiones de “legitimidad”, sino a la necesidad de satisfacer más adecuadamente las exigencias de “interés público” como consecuencia de los cambios de “circunstancias de hecho” operados con posterioridad a la emisión del acto que se revoca, y que la analogía con la expropiación se refiere a que en ambas el fundamento es el interés público o la utilidad pública, respectivamente, y que el “administrado” sea indemnizado. Ello, como vimos más arriba, justificaba la reparación limitada en los casos de responsabilidad por actuación legítima, al reposar también en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, por aplicación de los principios constitucionales sobre expropiación.

Con todo, podemos proyectar la reforma establecida en la Ley de Bases desde dos importantes antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se le adelantaron: “El Jacarandá”²⁹ y “Zonas Francas”³⁰.

En el primero de ellos, vale recordar que la actora era una sociedad comercial constituida para la explotación de una frecuencia radial de la ciudad de Paraná, en la provincia de Entre Ríos, cuya licencia le había sido otorgada por el entonces Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) en

27. MAIRAL, Héctor A., VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LA LEY del 12/07/2024, 1 (TR La Ley AR/DOC/1777/2024).

28. MARIENHOFF, Miguel S., “Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Órgano estatal competente para disponer y llevar a efecto tal revocación. Lo atinente a la indemnización”, LA LEY, 1980-B, 817.

29. CS, “El Jacarandá SA c. Estado nacional s/ juicio de conocimiento”, 28/07/2005, Fallos 328:2654.

30. CS, “Zonas Francas Santa Cruz S. c. Estado Nacional PEN decr. 1583/96”, 09/06/2009, Fallos 332:1367.

los últimos meses de la dictadura militar que culminó en 1983. Sucedió que nunca pudo efectivamente ocupar esa señal radial, porque la licencia fue revocada —según surge del decreto presidencial— por la fuerte oposición ejercida por la opinión pública para que se efectivizara esa decisión. Frente a la revocación de la licencia, fundada en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, El Jacarandá demandó al Estado la reparación de los daños y perjuicios producidos.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal entendió que la revocación de la adjudicación no era un acto irrazonable, sino que —por el contrario— se hallaba justificado por razones políticas de interés general, exentas del control de los magistrados, por lo que el encuadre del caso era de actuación lícita. En cuanto a los principios generales vinculados con la indemnización debida, estimó procedente el resarcimiento del daño emergente (con exclusión del lucro cesante), con fundamento en la doctrina de la Corte expresada en “Motor Once”, no obstante lo cual rechazó la pretensión actora también en este rubro, porque no se habrían demostrado los gastos afrontados para la adjudicación y efectiva recepción de la emisora, ni los gastos de constitución de la sociedad o de presentación en el proceso de licitación u otros que revistieran el carácter de daño emergente, directamente derivado de la revocación del acto administrativo.

La actora apeló esa decisión —en lo que aquí importa—, cuestionando que no se aplicara la doctrina del precedente “Sánchez Granel” en cuanto a la admisión del lucro cesante como parte integrante de la indemnización debida por el Estado.

La Corte Suprema, por mayoría, señala que la actuación estatal había sido legítima, porque se trató del ejercicio de sus facultades de revocación de los actos supuestamente regulares (art. 18, ley 19.549), en el sentido de que, “cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general—, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabili-

dad del Estado por su obrar lícito (doctrina de Fallos 301:403, ‘Cantón’; 305:321, ‘Lovardo’; 306:1409, ‘Sánchez Granel’, entre otros)”.

Recuerda también la “suma prudencia” con que deben actuar los jueces cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado. En lo atinente al nexo causal, se destaca la remisión de la Corte al fallo “Ledesma”, que —recordemos— exige acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue³¹.

No obstante ello, volviendo sobre el eje de la decisión, señala este voto mayoritario que “la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”; vale decir, define que la doctrina aplicable al caso es la de “Sánchez Granel”, y con ello que el principio que gobierna estas indemnizaciones es el de la reparación integral.

Efectivamente, continúa diciendo que “el principio que establece la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas, ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable. Dicha indemnización podrá encontrar obstáculo, quizás, en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular”. Agrega que tampoco “cabe omitir la reparación de que se trata sobre la base de una extensión analógica de la ley de expropiaciones, porque la

31. Calificación esta que llegó a la LNRE en el art. 4º, inc. c, y a las leyes que adhirieron a ella, y fue posteriormente citado por la Corte Suprema en CS, “Alcalis de la Patagonia SAIC c. EN Min. de Planificación decr. 475/05 s/ daños y perjuicios”, 16/09/2021, Fallos 344:2488. Ver para profundizar nuestra obra “El Estado responsable”, Astrea, Buenos Aires, 2024, p. 287 y ss.

expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio”.

Así las cosas, en el voto mayoritario, la Corte Suprema admite como principio la integralidad de la indemnización aplicable a los casos de responsabilidad por actuación lícita, sin la limitación derivada de la aplicación analógica de la ley de expropiaciones.

Cabe señalar, no obstante, que en el caso en concreto —por no estimar probado el rubro perseguido— ese lucro cesante no fue indemnizado. Se sostuvo al efecto que la actora no probó los gastos afrontados en los hechos, no realizó desembolso alguno en concepto de precio y, si bien debió constituir una garantía de cumplimiento, satisfizo este requisito mediante póliza de seguro de caución, y no abonó la prima correspondiente. A su vez, que El Jacarandá SA nunca explotó la licencia, ni realizó inversiones para obtener alguna ganancia de la explotación, por lo que las ganancias esperadas constituían—según el fallo— una mera conjetura. Por eso se rechaza la demanda y se confirma la sentencia de la instancia anterior.

Pero es importante detenerse también en la disidencia de la jueza Highton con respecto a los argumentos que para la mayoría fundan la procedencia del lucro cesante de la mano del principio de la reparación integral, porque —en sentido contrario— ella retoma los argumentos que en su momento sostuvo la procuradora fiscal Reiriz al dictaminar en el caso “Motor Once”, que reseñamos más arriba.

De acuerdo con su voto, no correspondería la reparación del lucro cesante cuando se trata —como en este caso— de la actividad lícita de la Administración pública que causa perjuicios a los administrados.

Primero porque, “ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Cód. Civil excede los límites del ámbito del derecho privado y

se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico”, y esa analogía debe fundarse en principios de derecho público debido a que “la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados”. En la misma línea, afirma que, “a diferencia del derecho privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el derecho público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva” y que la diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurí-

dica diversa que ambas implican; así, mientras la primera regula *relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad*, la segunda rige *las relaciones entre el todo* (la comunidad presentada por la autoridad) y *la parte* (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) *según criterios de distribución*.

En segundo lugar recuerda que, para la actuación lícita estatal, el Cód. Civil (hoy Cód. Civ. y Com.) no se aplica. Cita para ello que el propio Código reconocía esta distinción, al expresar que sus normas y principios solo legislaban sobre derecho privado y que, por ende, en estos supuestos “la indemnización tiene que ser dominada científicamente en el ámbito del derecho administrativo. Las construcciones y las analogías civilísticas no le convienen”, y —más aún— que resulta inadecuada la teoría de la responsabilidad civil para fundamentar la procedencia de la responsabilidad estatal por actuación legítima, porque cuando el Estado actúa conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre los actos ilícitos contemplados en las disposiciones civiles.

En tercer lugar señala que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias, y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos, conduce a encontrar la solución en la ley nacional de expropiaciones 21.499, “en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija; pues sin esas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir

sus funciones”, y cita el art. 10 de aquella —ya reseñado—, agregando que el mismo criterio fue receptado en un vasto conjunto de normas de derecho público (art. 5º, ley 12.910; arts. 30, 38 y 54, inc. f, ley 13.064; art. 35, ley 23.554; *ex* art. 61, inc. 88, dec. 5720/1972; art. 96, dec. 436/2000; art. 12, inc. d, dec. 1023/2001; art. 26, ley 25.344, y art. 11, ley 25.453).

En cuarto lugar destaca que la circunstancia de que el instituto de la expropiación suponga una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso no impide la aplicación analógica de la ley de expropiaciones a casos como el de autos, porque una vez “admitida la facultad de la administración de limitar el derecho de los particulares fundándose en propósitos de bien común, es razonable que las consecuencias de su ejercicio sean similares a las que se producen cuando dicha limitación se origina en una ley”. En este sentido señala que no se advierte una diferencia sustancial entre una actividad lícita del Estado basada en ley y una basada en normas de inferior jerarquía, en un todo de acuerdo con la relación de que se trate, porque lo que caracteriza todos los supuestos de limitación de la propiedad por razones de interés público (sea por decisión del Congreso o de la administración) es la ausencia de antijuridicidad.

Finalmente, afirma que, “aun de considerarse por vía de hipótesis, aplicables las disposiciones del derecho civil a supuestos de responsabilidad propios del derecho público —tal la derivada del obrar estatal ilícito— tampoco se podría reconocer la indemnización integral a favor del administrado. La actuación lícita del Estado que causa daños constituiría, dentro de este ámbito del derecho privado, un supuesto de ejercicio regular de los derechos (conf. art. 1071, Cód. Civil)”. Es que si —agrega— en el derecho civil el vasto campo del ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad y, aun en el ámbito de la ilicitud existen diferencias, resulta razonable que, cuando la actuación del Estado es legítima, la extensión de la indemnización por los daños causados a los administrados sea diferente de la que correspondería en el caso de una actuación ilegítima. En el obrar lícito no existe una relación de contradicción entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico, considerado como un todo coherente y sistemático.

Como vemos, la disidencia de la jueza Highton actualiza y refuerza los argumentos sostenidos oportunamente en el recordado dictamen de la procuradora fiscal Reiriz en “Motor Once”, y constituye la base de la actual redacción del art. 5° de la LNRE y de las leyes orgánicas que la siguieron, en el sentido de negar —como regla— la reparación del lucro cesante en los casos de actuación estatal dañosa, lícita. Pero a contrario de ello, la posición mayoritaria de la Corte Suprema respalda plenamente la solución que ahora trae la Ley de Bases en el nuevo art. 17 de la LNPA.

Poco tiempo después se reeditaría la doctrina que venimos de reseñar en el caso “Zonas Francas Santa Cruz SA”, en el que la sociedad actora, que se había constituido como tal para ganar la licitación que el gobierno provincial había impulsado para la explotación de dos zonas francas locales (Caleta Olivia y Río Gallegos), motivada por el decreto nacional que en el marco de un régimen de fomento autorizaba la comercialización de los productos ingresados a esas zonas, dentro del mercado interno, vio frustrado su negocio por la decisión nacional de dar por finalizado ese régimen de promoción. Así, esta empresa —que había ganado la licitación— puso fin a su contrato con la provincia y demandó los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de lo expuesto.

El voto mayoritario de la Corte Suprema destaca que de la prueba acompañada resulta que la sociedad contrató servicios de consultorías en materia de personal, informática, impositiva, y contable, pero lo cierto es que en ningún momento demostró que esas erogaciones constituyeran gastos que la empresa tuvo la obligación de afrontar como consecuencia de la conducta que le imputaba al Estado nacional. Por el contrario —señala—, del dictamen pericial y de la cantidad y variedad de servicios englobados bajo dicho ítem, resulta que no integraban los gastos normales y necesarios para el funcionamiento de la empresa, y que la contratación de estos servicios fue una decisión discrecional de la actora. Por eso se concluye que no estaba acreditado que las erogaciones enunciadas bajo la denominación de “honorarios” guardaran un nexo causal relevante con la conducta del Estado nacional, por lo que no procede el reclamo respecto de estos gastos.

Por otra parte, en lo que respecta al lucro cesante, a pesar de la suma reconocida en la instancia anterior (\$5.015.857), sobre la base de que la actora —al momento de presentarse en la licitación pública de la que resultó ganadora— declaró, en la documentación presentada junto con la oferta, que tenía una expectativa de obtener una utilidad del 20,30% sobre la inversión realizada (*tasa interna de retorno* —TIR—), solo por las operaciones de ventas al por menor, dice la Corte en el voto de la mayoría que de las explicaciones del dictamen pericial, así como de las impugnaciones del Estado y de las contestaciones del experto, surge que la tasa interna de retorno es un mecanismo que permite evaluar la conveniencia de una inversión, que sería rentable siempre y cuando la TIR esté por encima de la *tasa de corte* (costo del dinero para la empresa), pero que el que fue declarado por la empresa al momento de ofertar no puede ser prueba suficiente para acreditar el lucro cesante, porque se trata de una declaración unilateral de aquella que no respalda —con sustento fáctico suficiente— ni el monto ni la probabilidad cierta de las utilidades que la empresa dice esperar.

Por eso concluye la mayoría de la Corte Suprema que no fueron acreditados los daños solicitados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza necesario para que proceda su reparación, recordando que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos. Y, si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su reclamo sea denegado³². Declara consecuentemente admisible el recurso ordinario interpuesto, y revoca parcialmente la sentencia apelada, reduciendo la indemnización acordada.

Por su parte, la jueza Highton se remite a los fundamentos y conclusiones desarrollados en la causa “El Jacarandá SA” —ya reseñada en este apartado—, en los que concluyó que la condena al Estado por los daños y perjuicios

32. Ver la postura crítica a esta solución de VEGA, Susana, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita y la prueba de la frustración de las ganancias futuras: los alcances de la TIR en el marco de un contrato de concesión de zona franca”, en AAVV., Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Administrativo, CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), La Ley, Buenos Aires, 2013, cap. XV, p. 693 y ss.

ocasionados por su actividad lícita no alcanza la reparación por lucro cesante.

Ambos casos ilustran a la perfección las dos posturas que venimos desarrollando a lo largo de estas reflexiones y anticipan la solución que hoy establece la Ley de Bases, al exceptuar de la regla prohibitiva de indemnización del lucro cesante prevista en el art. 5° de la LNRE, los supuestos en los que el daño provenga de la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia de un acto administrativo regular, del que nació un derecho subjetivo a favor de un particular.

De esta forma, se ha sostenido, al apartarse de lo establecido en el art. 5° de la LNRE, la Ley de Bases sigue el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que admite su reparación en tales casos, y postula, en base a la interpretación del art. 19 de la CN, que la reparación integral tiene sustento constitucional³³.

IV. NUESTRA POSICIÓN

Lo primero es destacar que no puede sorprendernos la solución adoptada por la LNRE ya que, a la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales reseñados más arriba, era ciertamente una de las previsiones posibles. Más aun en el contexto de una ley que adopta un régimen de responsabilidad limitante en general³⁴, como queda demostrado, entre otras disposiciones, con la calificación de “excepcional”³⁵ que recibe la propia responsabilidad por actividad legítima en el mismo art. 5° que venimos abordando.

33. CASSAGNE, Juan Carlos, PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, RDA 2024-155, 273 (La Ley AR/DOC/2190/2094).

34. Nos remitimos a nuestra obra “El Estado responsable”, Astrea, Buenos Aires, 2024, p. 119 y ss.

35. Ver para ampliar MONTI, Laura, “Ley 26.944 de responsabilidad estatal. Algunas reflexiones”, en AA.VV., Responsabilidad del Estado, p. 5. 82; MAIRAL, Héctor, “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AA.VV., Responsabilidad del Estado, p. 342; VERAMENDI, “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado”, LA LEY, 2016-C, 1182.

Resulta coherente incluso, bajo la pretensión de encuadrar el instituto de la responsabilidad estatal en el marco del derecho público que la LNRE tradujo, disociándola de la responsabilidad de derecho común regulada en el Cód. Civ. y Com., que una cuestión tan sensible y discutida como el alcance de la reparación por daños causados sin antijuridicidad, encuentre respuesta en su propia originalidad, en el marco de la teoría general que hizo propia.

Ahora bien, la regla prohibitiva, absoluta, que prevé el art. 5° en cuanto a la indemnización del lucro cesante para todos los casos, puede acarrear resultados verdaderamente injustos.

Fue la posición del recordado voto del juez Bacqué en el fallo “Jucalán”³⁶, cuando expresa que “el principio general de no admitir la inclusión del lucro cesante no debe ser aplicado mecánicamente, sin admitir excepciones y sin tener en cuenta las características particulares de cada caso. Así, deben ser tenidas como circunstancias excepcionales que permiten apartarse del principio general aludido, aquellas situaciones en las cuales la exclusión del lucro cesante llevaría a resultados claramente violatorios de la garantía constitucional de la propiedad”. Agrega a ello que la solución equitativa del caso debe fundarse en la necesidad de compatibilizar los vitales intereses públicos que motivaron la acción estatal dañosa con la necesidad de evitar la destrucción del derecho individual de la actora, por lo que entiende justo reconocerle el lucro cesante. En efecto, puede suceder que el principal perjuicio en un caso concreto se trate de este rubro, y el sentido último del derecho a la reparación exige “determinar en cada caso si el lucro cesante es realmente cierto y si es un componente indispensable o esencial de la indemnización, o es un aditamento que puede desconocerse en la especie”³⁷.

36. CS, “Jucalán Forestal Agropecuaria SA c. Provincia de Buenos Aires”, 23/11/1989, Fallos 312:2266.

37. MAIRAL, Héctor, “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público Jornadas organizadas por la Universidad Austral (junio de 2000), Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 147.

Pero además, venimos sosteniendo que la prohibición del lucro cesante establecida sin ningún tipo de excepción rompe con la necesaria valoración cualitativa del bien jurídico sobre el que recae el daño, sobre la base de que no es lo mismo si este impacta en la vida, integridad física o libertad personal de un individuo, o en su derecho de propiedad o bienes estrictamente materiales³⁸. A su vez, tampoco es igual si esa vida o integridad es de un niño o una mujer, un migrante o sujetos que gocen de especial protección en el ámbito del SIDH.

Como mencionamos al inicio, este es uno de los desafíos actuales de la función resarcitoria de la responsabilidad estatal: un análisis cualitativo³⁹ que confronte el bien jurídico dañado con la conducta exigida al Estado, para evitar que aquel se concrete o que no sea justamente reparado, de donde, a mayor interés del derecho lesionado, mayor protección y consecuente apertura de fuentes y justificación. En definitiva, el instituto de la responsabilidad no puede subsistir *deshumanizado*, en el sentido de equiparar fundamentaciones sin consideración del bien jurídico concretamente afectado por el daño; a tutelas diferentes y jerarquizadas corresponden respuestas (y reparaciones) igualmente diferenciadas. Tal es una de las consecuencias del impacto de los estándares del SIDH en nuestro ordenamiento jurídico, bajo el paradigma de la Constitución Nacional reformada en el año 1994.

Un ejemplo de aplicación de este criterio había sido ya abordado en el caso “Ortolani”⁴⁰, en el que se perseguía una indemnización por los daños sufridos por el hijo de los actores, que —a poco de nacer— fue llevado para una consulta pediátrica a un dispensario de la ciudad de Rosario, donde le indicaron que debían suministrarle la vacuna Sabin y la cuádruple, que fueron aplicadas en el mismo lugar el mismo día. Lo que sucedió fue que el niño contrajo poliomelitis posvacunal, diagnosticada varios meses después

38. Recordemos, haciendo un paralelismo, que el art. 1743 del Cód. Civ. y Com. declara inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles.

39. Vale destacar, con similar criterio, el voto de la jueza Kemelmajer en SC Mendoza, Sala I, “Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza”, 04/04/1989, LA LEY, 1989-C, 514, que hoy está plasmado en la LRE de la provincia de Mendoza (art. 8°). Ver también nuestro trabajo “El fundamento convencional de la responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni Editores, 2019-1-265.

40. CNFed. Cont. Adm., Sala V, “Ortolani, Javier N. c. EN Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ daños y perjuicios”, 01/07/2014, Expte. CAF 34769/2007.

de aplicadas las vacunas. Para la sentencia de primera instancia, la actuación estatal en el caso había sido lícita, porque era parte de la obligación del Estado de brindar el servicio de salud y de los particulares someterse a la aplicación de las vacunas, lo que no impedía que en una proporción ínfima de casos pudiera producirse a una persona un daño de gravedad particular, un perjuicio especial individualizado, que —por exceder lo que era admisible exigir con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas— daba lugar a la responsabilidad estatal, con fundamento en el principio de no dañar a otro (art. 19, CN).

Ahora bien, al momento de decidir el alcance de la indemnización, el tribunal consideró pertinente acudir (por el principio de analogía) a la ley de expropiaciones, excluyendo el lucro cesante que había sido solicitado por los actores, con fundamento en que, por tratarse de un caso de responsabilidad por actividad lícita, no correspondía su reconocimiento.

En lo que aquí importa, en el voto del juez Treacy —que es luego acompañado por sus colegas— se comparte, en primer lugar, el enfoque de la jueza de grado en cuanto se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar lícito, específicamente derivado del ejercicio del poder de policía sanitaria. Ello toda vez que, si bien no está en discusión el deber del Estado de preservar la salud pública, ni la legitimidad de la política de vacunación obligatoria, que —con base en la ley 22.909— se enmarca dentro de aquel poder que en forma irrenunciable compete al Estado, también fue fehacientemente acreditado que el niño (hijo de los actores) padeció un daño como consecuencia directa de la aplicación —obligatoria— de la vacuna Sabin oral, por lo que se verifica un sacrificio especial, plenamente individualizable en la persona del niño, que justifica su derecho a la reparación.

Así, y como no se presentaron discrepancias en dicho enfoque entre las demandadas, que consintieron la sentencia en ese aspecto, los agravios se limitaron a la extensión del resarcimiento en los términos que sostuvieron tanto la actora como la defensora pública oficial.

Sobre el punto se citan en el voto las dos posturas sostenidas por la Corte Suprema con el alcance que reseñamos más arriba, para luego afirmar que —cualquiera que fuera la analogía entre el supuesto abordado por la ley de expropiaciones y los casos del sacrificio de derechos individuales, como consecuencia de la actividad extracontractual del Estado— “ella podría llegar a tener andamio en los casos en que se lesionan derechos de índole patrimonial. En cambio no parece que dicha analogía pueda sostenerse cuando el derecho sacrificado se relaciona con la salud o la integridad psicofísica de una persona”. Ello es así por “el carácter preeminente que tiene en nuestro sistema jurídico el derecho a la preservación de la salud derivado del principio de inviolabilidad de la persona (Fallos 323:3229 y sus citas)”, y que se ha establecido la necesidad de una reparación plena en supuestos en los que se haya lesionado la integridad psicofísica de un individuo, con fundamento en disposiciones constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Con este sustento —concluye el fallo—, en el caso la reparación debe ser plena y se cuantifica como suma única de resarcimiento por pérdida de chance y lucro cesante.

Pues bien, a nuestro entender, este caso ejemplifica hasta qué punto no puede resultar indiferente el bien jurídico sobre el que recae el daño y en tal sentido, la regla prohibitiva del art. 5° no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad que se le impone. Así fue advertido por las distintas jurisdicciones que, como vimos más arriba, se apartaron de la regla de la LNRE en este aspecto.

En definitiva, la pregunta es si tiene sentido establecer legalmente una regla general de prohibición que tense las soluciones al punto de colocar a jueces y juezas ante la disyuntiva de una declaración de inconstitucionalidad, que como sabemos, es de última ratio. Creemos que no. Tampoco parece una solución establecer excepciones parciales a esa regla desde nuevas leyes (como lo hace la Ley de Bases), porque no contribuye a la seguridad jurídica más allá del supuesto específico que regula.

Hay que admitir, ante la diversidad de soluciones y criterios proporcionados por la doctrina y la jurisprudencia, que hasta aquí no existe una fundamentación común, aunque la finalidad perseguida sea siempre remediar la desigualdad causada por los daños que el Estado ocasiona con su accionar a los derechos o bienes de los particulares⁴¹.

V. PRIMERAS CONCLUSIONES

Es cierto, como señalamos anteriormente, que el principio de reparación integral se afianza en nuestro sistema sobre la base de la antijuridicidad que supone el daño, esto es, sobre la ilicitud que representa el dañar a otro y romper un equilibrio en el goce pleno de los derechos. Desde esta perspectiva, la responsabilidad estatal por actividad lícita presenta un rasgo de originalidad que la distingue y supone un esfuerzo mayor de fundamentación sobre el alcance de la reparación que le cabe, no limitado a trasladar, automáticamente, aquel principio general.

La postura de la reparación limitada para estos casos al daño emergente, con exclusión del lucro cesante, responde a esa originalidad.

No obstante, por negar cualquier excepción, la regla prohibitiva del art. 5° de la LNRE no resiste una consideración valorativa de los bienes jurídicos impactados por el daño a resarcir, tomando en cuenta la jerarquización que de los mismos hace el SIDH constitucionalizado en nuestro país en el año 1994, al no superar el test de constitucionalidad en un caso en concreto.

Y tras ello, la excepción que consagró la Ley de Bases se limitó a garantizar el derecho de propiedad en sentido material de quienes se ven perjudicados por un cambio de rumbo o política estatal que desconoce lo que hasta ese momento regía en su beneficio (derecho subjetivo nacido de un acto administrativo). Con esta solución, la norma pretende brindar certidumbre sobre la propia marcha de la política estatal, cubriendo sus eventuales variaciones, o que sea sacrificados

41. Tomamos aquí las palabras del profesor CASSAGNE, Juan C., "Curso de derecho administrativo", t. I, p. 429 y del mismo autor "Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)", Rubinzal Culzoni editores, 2021, p. 590 y ss.

graciosamente el derecho, asegurando que, aún a pesar de ello, es posible alcanzar una reparación integral.

Por ende, si bien es válida esta última protección consagrada por el legislador⁴², lo que no puede dejar de advertirse ahora es que la solución última de persistir la prohibición para todos los casos de responsabilidad por actividad lícita no contemplados en la Ley de Bases, no aporta una solución justa en términos constitucionales y convencionales.

En definitiva y como siempre, han de ser los jueces quienes, con *suma prudencia*, definirán el alcance de la reparación que corresponda en cada caso, de modo que “responda” al daño efectivamente infligido y probado, aun incluyendo el lucro cesante.

42. Se ha sostenido que no pueden criticarse las nuevas normas como exclusivamente favorables a los particulares cuando no hacen sino aplicar, en nuestro país, algunas de las consecuencias que la garantía de la tutela judicial (y administrativa) efectiva trajo aparejadas, ya hace décadas, en los sistemas jurídicos en los que solemos inspirarnos (MAIRAL, Héctor A., VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LA LEY del 12/07/2024, 1 (TR La Ley AR/DOC/1777/2024).