

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD NORMATIVA

Por Pedro Aberastury[?]

1. Intervención lícita del Estado

1.1. Análisis liminar del problema

La función legislativa, entendida en un sentido restrictivo, es decir despojada de la función administrativa, puede ocasionar supuestos de responsabilidad por lo que es necesario deslindar el problema de la ley que, luego de un proceso judicial, es declarada inconstitucional¹. En este supuesto y si bien dejamos a salvo el derecho de resarcir al particular por los daños ocasionados, nos encontraríamos ante una función legislativa realizada en forma ilegítima, es decir en contra del ordenamiento jurídico previsto en la Constitución Nacional, más precisamente en el art. 31 de la misma y otro sería el sistema que permitiría conducir al resarcimiento del particular afectado, mucho mas cercano a los principios desarrollados en el código civil donde la noción de culpa es la base del reconocimiento de la indemnización, que los que se refieren al derecho público.

Respecto de las leyes que lesionan un derecho de un particular pero que son consideradas lícitas debe mencionarse que, en un comienzo se negaba la posibilidad de indemnizar², ya que se entendía que el Estado Legislador actuaba como soberano, y como tal los agravios que el soberano realizaba no se reparan, pues como sostuvo Mayer "Los actos legislativos están fuera y por encima de toda responsabilidad del Estado".³

La explicación es que la revolución francesa no hizo otra cosa que trasladar los privilegios de la corona a la Administración y Napoleón, como soberano absolutista hizo lo imposible para hacer irresponsable a los funcionarios del Estado⁴. Hauriou⁵, en 1923, luego de analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés reconoce dos supuestos de responsabilidad del estado legislador: 1) cuando la medida legislativa oculta una operación financiera que enriquece el patrimonio administrativo; 2) si ella desequilibra el equilibrio financiero de un contrato en el cual el estado es parte.

Para una mayor claridad, entonces, debe efectuarse primeramente una

[?] Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Administrativo –Universidad de Buenos Aires-

¹ La inconstitucionalidad tanto puede provenir de la ley o de su aplicación, como lo sería una detención irrazonable durante la vigencia del estado de sitio. En este orden de ideas: Colautti, Carlos E., *Responsabilidad del Estado –Problemas Constitucionales-*, Rubinzal Culzoni, 1995, Bs. As., pag. 157.

² Cfr. Reiriz, Graciela, *Responsabilidad del Estado*, ed. Eudeba, Bs.As. 1969, pag. 12; Altamira Gigena, Pedro, *Responsabilidad del Estado*, Astrea, Bs As, 1973, pag. 74 ; Bianchi, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad Legislativa*, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs As, 1999, pag.31.

³ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs.As, 1972, T. IV, pág. 734.

⁴ Soto Kloss, Eduardo, *Responsabilidad del Estado*, en *Responsabilidad del Estado*, ed. UNSTA, Tucuman, 1982, pag.31.

⁵ Hauriou, M, *Precis de Droit Administrative et de droit public*, 11 ed., S.A. du recueil sirey, Paris, 1927, pag. 302 y ss.

distinción, entre: a) aquellas leyes donde se estableció la obligación de reparar el daño causado, b) aquellas en que el legislador se ha opuesto expresamente y c) por último, las que silencian el punto. Teniendo en cuenta que la importancia que ha demostrado la evolución que se ha producido en el derecho comparado, y que ha tenido especial incidencia en la evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia, debemos efectuar una rápida revista a las principales líneas doctrinarias que han tenido aplicación en nuestro derecho.

1.2. Derecho Comparado

1.2.1. Derecho Francés

El primer precedente que permite la reparación por parte del estado manteniendo la licitud de la norma que produjo el daño, lo constituye el *arrêt La Fleurette*, del Consejo de Estado Francés. Se trataba de una empresa que fabricaba un producto llamado "Gradine" y el Estado resuelve prohibir su fabricación. Este consistía en un producto lácteo y en 1934 se dictó en Francia una ley que monopolizó a favor del Estado la fabricación de tales productos prohibiendo su fabricación a los particulares. El Consejo de Estado dirimió la contienda iniciada condenando al Estado por las consecuencias del expresado acto legislativo. Al respecto, dijo (14-6-38) que "nada, ni el texto mismo de la ley o en sus antecedentes, ni dentro de todas las circunstancias del asunto, permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbía normalmente; que esta carga, que fue creada dentro del contexto general, debe ser soportada por la colectividad", que será el pago por la reparación del perjuicio causado por el Estado. Para ello ponderó, también, que el producto fabricado no afectaba la salud pública.

Este precedente, varió la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que ya había desechado idéntico planteamiento un siglo antes, es decir en el, "*arrêt Duchatelet*", fallado en 1838, que por una ley del 12-2-835 había prohibido la venta de tabaco y además en el año 1872, a propósito del establecimiento del monopolio de los fósforos, en el "*arrêt Morage*".

En consecuencia, a partir del "*arrêt La Fleurette*" podemos vislumbrar las condiciones que debe reunir el daño ocasionado para que se repare el perjuicio por leyes dictadas, de indiscutible licitud, a saber, que por el texto mismo de la ley, por los antecedentes o por el conjunto de circunstancias, se pueda afirmar que el legislador no ha entendido excluir al particular afectado del derecho a la reparación del perjuicio.

Esta interpretación, que atiende a la voluntad exclusiva del legislador ha sido tomada en consideración cuando:

- a) la ley persigue la reprensión de actividades fraudulentas o sujetas a reproche ("*Compagnie generale de grande pêche*", exportación fraudulenta de alcohol 14-6-48).
- b) poner fin a una actividad peligrosa o perjudicial a la salud pública ("*Manufacture française d'armes et de cycles*" 6-6-56) por razones de seguridad pública- control de fabricación de armas de fuego para que no se dañe la Población por fabricación defectuosa.
- c) leyes intervencionistas para frenar el alza del costo de Vida ("*Ville D' Elbeuf*", del 15-7-59), durante tiempo de guerra.

- d) Interdicción de realizar distintas clases de películas para mejorar el rendimiento y la calidad del producto (“Societe d’exploitation des Etablissements Pathé Cinema”, del 21-6-57)

Respecto al carácter del perjuicio, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés se ha remitido a las condiciones habituales de responsabilidad por los poderes públicos, es decir que se indemnizan solamente los daños directos y ciertos y las condiciones para que pueda otorgarse la reparación, podrían resumirse en las siguientes:

- a) Que el perjuicio sea especial del peticionante entendido a éste como único. En el caso de “La Fleurette”, ésta era la única empresa que efectuaba el tipo de fabricación, luego prohibida por la ley.
- b) El perjuicio sufrido tiene que ser anormalmente grave. Por ejemplo en el caso de Societe del Etablisenest Lacassade del 22-10-43, no se hizo lugar a la reparación del perjuicio por la ley que extendió el monopolio del alcohol industrial, pues esa empresa si bien fue tocada por la ley, al no permitírsele comercializar dicho producto, no era la actividad principal de la misma, por lo que los beneficios que había dejado de percibir eran poco importantes para que tuviera derecho a indemnización.

1.2.2.2. La Doctrina Alemana

La delimitación de la figura específica de la indemnización pública⁶ como tal, encuentra su esplendor a nivel constitucional en la Constitución de Weimar en el art. 153, regulación que continuó en la legislación de los Länder donde aún se equiparaba la propiedad con el patrimonio que principalmente consistía en Derechos reales.

Sin embargo, aún faltaba otra norma que contemplara las consecuencia de las intervenciones estatales ilícitas. El art. 839 del código civil alemán junto con el art. 34 de la ley fundamental fallan por su específica aplicación al ámbito de los agentes públicos y los arts. 74 y 75 de la ALR presuponen una intervención plenamente legal y se restringe la intervención a bienes inmateriales.

Por tanto, se hizo necesaria la reglamentación de la garantía a la propiedad contenida en el art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1945, en los siguientes tres apartados:

- I) Quedan garantizados la propiedad y el derecho sucesorio. Su contenido y límites serán determinados por las leyes;
- II) La propiedad obliga. El uso de la misma debe servir al mismo tiempo al bienestar general;
- III) La expropiación sólo es lícita cuando lo requiere el bienestar general. Sólo puede llevarse a cabo por medio de ley o en base a una ley que regule la naturaleza y la cuantía de la indemnización. Esta se determinará ponderando los intereses del bienestar general y los del particular. En caso de litigio sobre la cuantía de la indemnización, queda abierta la vía judicial ante los Tribunales ordinarios.

⁶. Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1958, pág. 435.

A través de este artículo, por aplicación directa o analógica, la jurisprudencia ha deslindado todo el sistema de indemnización pública tanto por actividad lícita e ilícita actualmente vigente.

Es así que, las intervenciones del Estado en la propiedad privada pueden ser:

- a) Antijurídica inculpable a la víctima. La Corte Suprema alemana ha resuelto este tema aplicando analógicamente el art. 14 para bienes materiales y más tarde a través de la interpretación doctrinal de los arts. 74 y 75 de la ALR la llamada teoría de sacrificio especial para bienes inmateriales.
- b) La que refiere el apartado 1 del art. 14 cuando determina que la propiedad puede ser limitada o sujeta a restricciones a través de leyes que lo reglamenten sin indemnización.
- c) Las leyes que reglamentan la limitación a la propiedad requiriendo un sacrificio especial deberá ser indemnizado por aplicación analógica del apartado 1.
- d) La expropiación propiamente dicha del art. 14 apartado 3 que solo puede efectuarse a través de una ley o en base a una ley que contemple su indemnización.

Partiendo entonces de la definición de la expropiación como la sustracción parcial o total de un concreto derecho subjetivo a través de un acto soberano, se han desarrollado las demás teorías intervencionistas.

- a) El deber de indemnizar las restricciones extraordinarias a la propiedad.

El particular debe, sin posibilidad de ser resarcido y por el carácter social que contiene el patrimonio, soportar a través de reglamentaciones ciertas restricciones. La excepción a esta regla la constituye un concreto detrimento en la propiedad que signifique un perjuicio anormalmente grave y especial. Es decir, el desconocimiento absoluto o parcial de un derecho de propiedad incorporado en la esfera del individuo que genera el derecho a un resarcimiento.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ⁷, en uno de sus primeros fallos conocido como “ la entrega del ejemplar obligatorio”, había dispuesto la inconstitucionalidad de la ley de Hessen que disponía la obligatoriedad de la entrega de un ejemplar gratuito a la Biblioteca provincial. El propósito de esa ley fue disponer al alcance de la comunidad un ejemplar de todas las nuevas publicaciones que aparecieran en el mercado. Sin embargo, un Editor se opuso a esta medida ya que consideró que se le imponía una carga extraordinariamente desigual porque su imprenta sólo editaba libros de poco tiraje y muy valiosos por lo que la entrega de un libro le significaba una gran pérdida que no estaba dispuesto a soportar. El Tribunal consideró, en este caso, que no se trataba de una expropiación ni de una limitación a la propiedad que debiera soportar sin costos, sino que se trataba de una excepción que se debería resarcir.

- b. La intervención ilícita similar a la expropiación.

⁷. BverfGe 58,137.

Otra figura muy interesante desarrollada por la jurisprudencia alemana es la intervención ilícita semejante a la expropiación, tomada del art. 14 apartado III. En base al desarrollo de esta teoría, la Corte Suprema garantiza la indemnización cuando por medio de un acto o un reglamento que son declarados inconstitucionales se ha perjudicado a un particular. La Corte no otorga este derecho a los afectados por una ley declarada inconstitucional basándose en la inmensa carga financiera que ello significaría para el Estado alemán.⁸ Cabe recalcar, entonces, la diferencia de supuestos respecto de la actividad reglamentaria desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo como correspondencia de otorgar o no una compensación.

El leading case de la Corte Suprema Alemana⁹, en este tema, lo constituye un reglamento de contrato forzoso de inquilinato mediante el cual se autoriza la ubicación de los “sin techos” en habitaciones y/o casas de particulares. Los propietarios sufrían un desmedro en su derecho de oferta y demanda de la vivienda, porque les fueron impuesto sus inquilinos. La Corte consideró, en este caso, que el reglamento que otorgara ese derecho a los sin techo era inconstitucional y ordenó indemnizar a los propietarios que habían sufrido algún perjuicio por ello, por alquileres atrasados o resarcimientos por el derecho de preferencia. Además se destacó la semejanza de la figura expropiatoria ya que el propietario no podía disponer de su bien ni de sus efectos. Es decir, se efectúa una diferenciación entre norma formal legislativa y la norma material administrativa para denegar u otorgar la reparación.

La Corte interpretó que si un particular puede obtener una indemnización por una intervención legal con más razón debería de obtenerla por una intervención ilegal, es decir que el sacrificio especial ahora consta en la intervención antijurídica que debe soportar el particular en su propiedad¹⁰.

1.2.3. El derecho español

En el derecho español, la doctrina y la jurisprudencia se basó en la Ley Expropiatoria de 1954, donde su art. 1º permitió un amplio margen interpretativo, habiendo recogido el precepto el art. 33.3. de la Constitución Española de 1978. El problema fue superar las tesis preponderantes del siglo XIX donde se sostenía que la ley constituía un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que haya derecho a compensación alguna¹¹.

Actualmente, la cuestión se encuentra receptada en el art. 139.3. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, del 6.11.1992 que dispone expresamente que “las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

⁸. Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, edición Nro 11, Verlag C.H. Beck, Pág. 657 ss.

⁹. BGHZ6,270.

¹⁰. BverfGE 58,300; BverfGE 24,367.

¹¹. Garrido Falla, op. Cit. T. II, Pág. 267, con cita de *Laferriere, Traité de la Jurisdiction Administrative et des recours contentieux*, vol 2 eª ed- 1896.

Esta norma ha permitido avanzar jurisprudencialmente al Tribunal Supremo y en base a la teoría del sacrificio especial ha otorgado indemnizaciones, en el caso de la eliminación de cupos de pesca exentos de derechos arancelarios con motivo del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, como así también utilizando los criterios de confianza legítima, grado de previsibilidad, razonabilidad, previsibilidad¹².

2. El deber de resarcir en la Argentina

2.1. Negación legal al derecho de resarcimiento.

Respecto de las leyes que niegan derecho al resarcimiento, y sin entrar a juzgar su inconstitucionalidad¹³, pues no es tema de análisis, tenemos que se ha respetado esa solución del legislador, en el caso de industrias consideradas peligrosas, caso de “Los saladeristas Pdestá, Bertram Anderson Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires, fallada el 14-5-1887”.

El fundamento de la Corte radicó en afirmar que los derechos que la Constitución acuerda están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio y según el Código Civil la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611). Por consiguiente el retiro de la autorización para establecer saladeros, por exigirlo la salud pública no se consideró contraria a la Constitución ni violatoria del derecho de propiedad pues a nadie se le concede un derecho para causar un daño a otro.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en términos generales, y por vía de principio, por la irresponsabilidad del Estado cuando éste ha ejercido razonablemente sus poderes propios¹⁴ ya que ha considerado que el ejercicio de tales poderes no puede ser fuente de indemnización aún cuando traiga aparejados perjuicios, porque de lo contrario el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernativa (Fallos 249:259; con cita de fallos 182:146). Esta doctrina ha tenido aplicación en el ámbito del ejercicio del poder de policía y del derecho tributario.

Recordando la definición tradicional de poder de policía, tenemos que el mismo resultaba de la facultad de imponer limitaciones y restricciones de los derechos individuales con la finalidad de salvaguardar la seguridad, la salubridad y la moralidad pública¹⁵, con la cual se puede concluir que la doctrina de la Corte se refirió a aquellos supuestos en que el Estado ejercía ese poder de policía. En ese caso no se preveía el derecho a indemnización cuando se resguardaba la seguridad, la salubridad y la moralidad de la población. Respecto del caso La Fleurette, debe recordarse que se otorgó la indemnización pues la prohibición de fabricar dicho producto lácteo, no afectaba para nada la salud de la pobla-

¹². Bianchi, Alberto B., *Responsabilidad del Estado... cit*, pag. 103.

¹³. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Macchi, Bs As, 1975, T.2 Cap. XX, 12.

¹⁴. Fallos: 258: 323

¹⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Macchi, Bs As, 1975, T.2 Cap. XII 6.

ción.

Por ello, no daría lugar a indemnización aquellas leyes que prohíben determinadas conductas que preservan la seguridad, la salud y la moralidad de la población, como serían las leyes que prohíben el ejercicio de la prostitución, que regulan los efluentes industriales disponiendo el cierre de establecimientos industriales si no cumplen las normas de protección del medio ambiente, que controlan la fabricación de bebidas alcohólicas o suprimen prácticas fraudulentas en la comercialización de productos.

Ello es así pues como afirma Marienhoff : "Las personas afectadas por esas prohibiciones carecen de derecho a ser indemnizadas por cuanto se ha considerado que el quebranto económico que sufren se debe a su propia culpa, por lo que tales consecuencias deben imputárselas a si mismas... Como lo advirtió Duguit, en estas hipótesis la responsabilidad del Estado surgiría, más bien si no hubiere sancionado la ley de referencia.¹⁶ "

Volviendo a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, tenemos que el principio elaborado por ella es el de la irresponsabilidad pero este principio cede ante determinadas circunstancias, como ser la existencia de un perjuicio especial, elaborado en la causa Graty¹⁷. En efecto, allí se estableció el rechazo de la demanda pues el perjuicio no reunía el requisito de la especialidad necesaria, con lo cual pareció adoptar la Corte la teoría de Mayer sobre la especialidad del perjuicio.

2.2. Responsabilidad del Estado por daños ocasionados en ejercicio de la actividad normativa

Previamente a analizar el supuesto que origina el deber de resarcir por el desarrollo de la actividad normativa, entendida en forma amplia, debe dejarse entendido que es necesaria la existencia de una relación entre el acto generador del daño, su imputación al Estado, la existencia del particular perjudicado y la conexión causal entre estos supuestos por lo que dado este supuesto, nos referiremos a las condiciones de hacer lugar a la reparación.

2.2.1. Caso de la norma que autoriza la reparación

El examen de este tema deberá efectuarse desde dos puntos de vista: El de aquellas facultades emanadas de leyes que reconocen una indemnización del de aquellas leyes que silencian el punto.

Respecto de las primeras, nos encontramos con varias leyes tales como, la ley de expropiaciones, el art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos, en su última parte cuando establece la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, leyes de control sanitario, la ley N°24.411, que reconoce la reparación por los detenidos desaparecidos durante el último gobierno militar, etc.

¹⁶. Marienhoff, Miguel, *Tratado ...cit*, pág. 748.

¹⁷. Fallos: 180: 107.

En las mismas y sin controlar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, no se entraría en colisión con garantía constitucional alguna pues el Juez o la propia Administración, en su caso, realiza la aplicación de la ley y la discusión radicaría en la extensión del resarcimiento. Es decir, la lesión del derecho de propiedad por la privación del derecho se encontraría reconocida por la conversión en un valor económico que le otorgó el legislador.

2.2.2. Normas que silencian la posibilidad de otorgar una reparación

En el caso que la ley (cuya constitucionalidad reitero no se discute) permite una determinada conducta a la Administración y en aplicación de la misma se ocasiona un daño a un particular, ¿a falta de norma expresa deberá otorgarse una indemnización ?. En su caso, cuales serán las condiciones de aplicación y la extensión del resarcimiento?

Al respecto, Bielsa, opinó que en caso de silencio no debía otorgarse indemnización alguna al particular pues para reconocer tal responsabilidad era menester que esto surgiera bajo una ley formal¹⁸ y consideró que debía procederse a completar ese vacío legislativo, pero hasta que ello no suceda, es impensable que si un particular se siente lesionado en sus derechos constitucionales, no solicite en la justicia el consiguiente restablecimiento del perjuicio que se le ocasiona, a través de los principios generales elaborados.

Contra esta tesis se alzó Marienhoff en su Tratado y consideró que el problema radicaba en aplicar al derecho argentino cuestiones que se han resuelto por aplicación de legislaciones foráneas. Así, este autor considera que el problema medular no era la extensión del daño, en cuanto el grado de especialidad del mismo implicaba el deber de indemnizar sino la violación del derecho de propiedad, con independencia de la cantidad de afectados¹⁹. Posteriormente, en un artículo aparecido en 1983 completó su tesis en cuanto a que la especialidad del daño no era sustento suficiente para denegar la indemnización²⁰.

Pero para interpretar la posición de tan distinguido autor, éste si bien se expresó en contra del principio de la especialidad del daño, consideró que quienes seguían esta tesis no debían dejar de analizar la lesión al derecho de propiedad y las características dentro de las cuales fue inflingido.

Antes de volver sobre el punto, cabe historiar que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado se originó en determinados hechos de contenido ilícito que habían producido un daño al particular, como fue el caso Ferrocarril Oeste y posteriormente, como ya he mencionado, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal se orientó en reconocer el resarcimiento cuando se había producido un perjuicio especial o de dicha conducta había derivado un enriquecimiento sin causa por parte del Estado.

Continúo diciendo la Corte que “esta responsabilidad, que la jurisprudencia mencionada ha derivado del art. 17 de la Constitución Nacional en razón de la

¹⁸. Bielsa, Rafael, *Responsabilidad del estado en el derecho actual*, en Contribución a al examen de algunas instituciones jurídicas, pag. 61

¹⁹. Marienhoff, Miguel, *Tratado...* cit, T IV pag. 758

²⁰. Marienhoff, Miguel, *Responsabilidad del estado por su actividad legislativa*, LL 1983-B-910.

garantía de la propiedad que consagra, no debe ser allanada con base en el fin de bien público de la obra, y encuentra igualmente fundamento normativo en el art. 2512 del Código Civil. Este, en efecto si bien supedita el dominio privado a los requerimientos apremiantes de la necesidad común, en presencia de riesgos inminentes, coloca la excepcional facultad de disposición que acuerda la autoridad pública "bajo su responsabilidad" que la pertinente indemnización traduce (Fallos: 199:448; 201:432;204:496;211:1421; Demolombe, Cours de Code Civil t.9. n° 564)".

En consecuencia, de la misma puede extraerse las siguientes conclusiones: Se admite la licitud de ocasionar un perjuicio a un particular con base en el fin de bien público, que puede traducirse en un desconocimiento del derecho de propiedad. Que si ello ocasiona un daño, el mismo debe ser indemnizado, salvo que el hecho provenga de la culpa o de la condición propia o la de las cosas de su patrimonio.

Es decir que, variándose la antigua tesis de irresponsabilidad, cuando el Estado ocasiona un daño en uso de sus facultades de poder de policía, debe indemnizar el perjuicio ocasionado al particular afectado cuando se ve vulnerado su derecho de propiedad y con las limitaciones allí expuestas.

Y tal situación también fue advertida y puesta de manifiesto en el caso Cia. de Tranvías Anglo c/ N.A. de fecha 30-9-65, Fallos 266:555), cuando se expreso que el Estado tiene a su cargo la indemnización de los perjuicios consistentes en la real destrucción del capital aportado por la empresa actora como consecuencia de la política seguida como poder público, al autorizar aumentos de las erogaciones sin modificar las tarifas correspondientes.

No se discute la legitimidad del proceder estatal cuando, en ejercicio del poder de policía que le es propio, actúa en perjuicio del particular, lo que cuenta es que ese particular no cargue sobre sus espaldas individual y exclusivamente lo que debe ser materia de asunción colectiva por el conjunto de los habitantes que sufragan ese accionar a través de los impuestos y contribuciones que aportan al Estado, si por dicho accionar del Estado se agravia el derecho de propiedad del particular, entendido en la acepción amplia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha dado a dicho vocablo, ¿cual será el razonamiento que conducirá a poder otorgar la indemnización pertinente?

2.2.3. Condiciones de procedencia de la reparación

No se efectuará el estudio de las teorías que han sido elaboradas al respecto, sino que se tratará de sistematizar las condiciones de procedencia de la indemnización por el daño causado por una conducta normativa lícita del Estado, silenciando la ley el otorgamiento de la misma.

Para ello es necesario partir de la interpretación que la Corte ha efectuado del derecho de igualdad ante la ley, previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, donde esta norma en forma expresa admite la posibilidad de reconocer una indemnización por la privación de la propiedad, en el caso, por la

liberación de los esclavos, dispuesta en forma operativa en 1853²¹. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el derecho de igualdad ante la ley considerando que para que exista una violación a dicha garantía es menester que la desigualdad resulte del texto mismo de la ley aplicada y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir²².

Y se ha completado el análisis de este derecho exponiendo que la garantía del art. 16 de la C.N. no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable²³.

De acuerdo con lo expuesto, cuando a través del accionar del Estado, se origina una situación de desigualdad, la persona o las personas afectadas podrán solicitar una indemnización siempre y cuando: 1º la desigualdad resulte del texto mismo de la ley aplicada, o 2º de la interpretación que la autoridad de aplicación le haya dado, a través de un acto de alcance particular o general.

Ello así pues la situación que genera un trato desigualitario debe nacer de una regulación razonable de un derecho, y en la medida que esa regulación signifique real privación del derecho de propiedad, nacerá el deber de indemnizar. Como ha dicho la misma Corte, el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional no otorga un derecho absoluto ya que el derecho de propiedad como cualquier otro derecho reconocido por la Constitución hallase sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, pero el poder reglamentario no puede invalidar el derecho sustancial.

De ese trato desigualitario, deberá derivarse necesariamente una lesión del derecho sustancial. Una real privación del derecho de propiedad, ya sea en forma total o parcial, el desconocimiento de un derecho de propiedad incorporado en la esfera del individuo, por motivo de un trato desigualitario cuando se pone sobre las espaldas de un individuo un perjuicio de un obrar lícito que beneficiara al resto de la comunidad.

O sea que el problema radica en la aplicación del derecho de igualdad al caso en estudio y la teoría de la confianza legítima y la del sacrificio especial, ayudan a perfilar situaciones en las cuales procede la reparación pero, en ningún momento, se interpreta que Marienhoff invalidó la aplicación de las mismas sino que consideró que esta teoría no podía convertirse en la situación que llevaría al reconocimiento o no del perjuicio indemnizable.

Finalmente, se considera que otra situación que reviste particular importancia es el nexo causal. En el caso, el estudio de este nexo es mas severo que para los hechos ilícitos pues se exige que ante la existencia de concurrencia de concausas, las mismas hayan sido debidamente ponderadas en forma conjunta,

²¹ Aberastury (h), Pedro, *El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia al del Estado Legislador*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1985, pag. 229.

²² Fallos 237:266; 272:231

²³. Cfr. Fallos 271:174, Linares, Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Ed. Astrea, Bs As., pág. 175/6).

por lo que el nexo causal debe ser directo e inmediato²⁴ y para ello se exige que el particular no haya contribuido a la producción del daño²⁵ o lo que es lo mismo, el nexo causal debe encontrarse libre de interferencias respecto de las conductas del particular perjudicado.

3. Conclusiones

De lo expuesto surge que, en nuestro país, por aplicación de nuestro sistema constitucional, para que sea procedente la indemnización del Estado por un obrar lícito normativo, deben darse las siguientes circunstancias:

- a) Debemos encontrarnos ante la privación de un derecho de propiedad de un particular; o en sus atributos esenciales para que sea indemnizable.
- b) La privación ya sea total o parcial, debe implicar la real imposibilidad de ejercer el derecho en la medida que se lo venía ejerciendo.
- c) La norma no debe haber sido dictada para enervar la propia conducta del particular o por su condición propia o la de las cosas de su patrimonio.
- d) Esa lesión debe provenir necesariamente de un trato desigualitario y entre la desigualdad creada y la vigencia de la norma, se ha preferido esta última. Para aplicar la doctrina de la igualdad, el tribunal deberá evaluar tanto los principios de seguridad jurídica, la confianza legítima y/o el sacrificio especial impuesto.
- e) El nexo causal debe ser directo e inmediato, o sea, encontrarse libre de interferencias.

La teoría del sacrificio especial y el de la confianza legítima, sólo nos permiten llegar a una mejor explicación del trato desigualitario que ha producido la actividad normativa pero, en esencia, los valores en pugna, la tensión jurídica se expresa entre reconocer la violación al derecho de propiedad y la desigualdad con que se ha procedido a tal fin con la licitud de la norma. Al permitir la supervivencia de esta última, nace así el derecho a la indemnización.

Para concluir, reunidos los requisitos mencionados deberá necesariamente condenarse al Estado a que otorgue la indemnización pertinente, sin que sea necesaria norma expresa sobre el punto, ya que se trata de la vulneración de un derecho protegido constitucionalmente. De otra manera sería incurrir en una interpretación jurídica que justificaría que el Estado incurriera en una conducta confiscatoria (art.17 de la Constitución Nacional).

²⁴: Así, en el caso Ledesma (Fallos:312:2023) se recepta la posición de Tawill, en cuanto establece como requisito del nexo causal que sea directa, inmediata y exclusiva. Nos permitimos disentir en cuanto al rango de la exclusividad, por las razones anteriormente expresadas, en la medida que la exclusividad sea tomada como especialidad del perjuicio sufrido por el particular. En realidad, en el caso citado, no se desestimó la demanda por un problema de especialidad sino por la conducta desarrollada por el actor, en cuanto a la exclusividad del daño. Tawill, Guido S., *La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia*, 2ª ed., Depalma, Bs As, 1993, pag. 95.

²⁵. Ledesma S.A., Fallos: 312:2022.