

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires  
Dra. María Graciela Reiriz

Buenos Aires, 19 de septiembre de 2007



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES  
2008



INSTITUTO DE CONSUMOS  
EDITORES

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL  
MARCO DE LA ACTIVIDAD DE FOMENTO  
(De los actos de estructura bilateral  
a los contactos reglamentarios)**

por ESTELA B. SACRISTÁN

*En reconocimiento a la profesora,  
doctora MARÍA GRACIELA REIRIZ*

Sumario: 1. Palabras introductorias. 2. Planteo. 3. Relación contractual. 4. Acogimiento al régimen. Aprobación. Incidencia de la habilitación. 5. Acogimiento. Asignación. Aprobación. 6. Derechos acordados, derogación. 7. Las expectativas y su (des)protección. 8. Meras situaciones reglamentarias. 9. Reflexiones finales.

**1. Palabras introductorias**

No puedo dejar de iniciar estas breves líneas con unas palabras de reconocimiento hacia la querida profesora, doctora María Graciela Reiriz. Su extensa y rica labor, como procuradora fiscal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o como procuradora fiscal sustituta, y como docente, desde el aula, dejan la impronta de su infinita vocación docente, su claridad de exposición, su rigor científico. Basta para comprender tal aserto, la lectura de sus dictámenes, siempre iluminadores, o el transitar alguna de las aulas de posgrado o auditorios que brindan resonancia a su siempre fundada opinión. Merecido es, entonces, este reconocimiento —la invitación a sumarme al cual, me honra—, a una

profesora que, además de ser dueña de una calidad humana excepcional, se erige en verdadero ejemplo del quehacer académico iusadministrativista argentino.

## 2. Planteo

En nuestro país, la actividad estatal de fomento, entendida como acción estatal de protección o promoción<sup>1</sup>, y sus manifestaciones, en

<sup>1</sup> Se sigue la clásica definición de JORDANA DE POZAS, Luis, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, reproducido en *Estudios en homenaje al profesor Jordana de Pozas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1961, t. I, ps. 477 y ss., tal como da cuenta BAEÑA DE ALCÁZAR, Mariano, en *Sobre el concepto de fomento*, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1967, N° 54, ps. 43/83, esp. p. 46 y N° 3: "Acción encaminada a proteger o promover las actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos".

Acerca de tal amplia temática pueden verse, entre muchos otros, CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 89 y ss.; del mismo autor, *Derecho Administrativo*, 7ª ed. act., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II, ps. 343 y ss.; DE LA RIVA, Ignacio, *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004; USLENGHI, Alejandro, *Poder de policía y actividad de fomento*, en *El Derecho Administrativo argentino hoy*, jornadas presididas por el profesor Dr. Miguel S. Martienhoff, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 87 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge (dir.), *Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, ps. 647 y ss.; SORIA, Fernando D., *Acerca de las formas de la actividad administrativa en la Provincia de Buenos Aires (policía, servicio público, fomento y otras)*, en AA. VV., *Servicio público, policía y fomento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, s/f, ps. 653/668, así como GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1966, t. II, p. 281; BAEÑA DE ALCÁZAR, Mariano, *Sobre el concepto de fomento* cit., N° 54, ps. 43 y ss.; CAZORLA PRIETO, Luis y ALCUBILLA, Enrique, *Temas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1988, ps. 970 y ss.; PAREJO ALFONSO, I., JIMENEZ BLANCO, A. y ORTEGA ALVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990, ps. 344 y ss.; BERMEO VERA, José (dir.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994, ps. 49 y ss., y ps. 718 y ss.; VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho Administrativo especial. Administración Pública y actividad de los particulares*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 97 y ss., esp. bibliografía citada en ps. 140 y 141; WOLFF, Hans J., *Fundamentos del Derecho*

especial las ayudas públicas<sup>2</sup>, puede ser impulsada tanto a nivel nacional como provincial, e incluso municipal. Asimismo, esa actividad de fomento—manifestación del Estado no ya como creador de un mercado sino como protector o promotor de actividades<sup>3</sup>, en lo que aquí interesa—genera situaciones de diversa índole entre protector o promotor y beneficiario, que abarcan desde claros compromisos contractuales—contratos—o figuras asimilables a éstos, hasta contactos reglamentarios de mayor o menor intensidad. La resultante es una multiplicidad de modelos de actividad de fomento que se potencian, en cuanto a su cantidad, si se consideran las tres jurisdicciones mencionadas, con lo que toda modificación de ellos, derivada de una situación de emergencia, tendrá importantes ecos.

De otra parte, no debe perderse de vista, siguiendo a Bustamante, que la actividad de fomento cuenta con dos caras: por un lado, objetivamente, las regulaciones de fomento "amplian o restringen derechos existentes a favor de una actividad que, en opinión del legislador, debe

*Administración de prestaciones*, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sotomayor Larso*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, ps. 349 y ss.; STÖBER, Rolf, *Derecho Administrativo económico*, trad. del alemán y anot. por Santiago González Varas Ibañeta, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, ps. 203 y ss., y 349 y ss.; LINOTTE, Didier, MESTRE, Achille y KOMI, Raphael, *Services publics et Droit Public économique*, 3ª ed., Litec, Paris, 1995, ps. 439 y ss.; RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit Administratif*, 16ª ed., Dalloz, Paris, 1996, ps. 413 y ss.; también pueden verse FOLKES, David, *Administrative Law*, 8ª ed., Butterworths, Londres, 1995, p. 455 y NASH, Ralph C., Jr.; SCHOONER, Steven I. y O'BRIEN, Karen R., *The Government Contracts Reference Book*, 2ª ed., The George Washington University, Washington D. C., 1998, ps. 279 y ss., quienes analizan—en el marco del Derecho británico y norteamericano, respectivamente—ciertos incentivos a la actividad económica privada en particular.

<sup>2</sup> Sobre la cuestión terminológica relativa al empleo de la alocución "fomento" o "ayudas públicas", puede verse la tesis doctoral de DE LA RIVA, *Ayudas públicas...* cit.

<sup>3</sup> Sobre este papel de promotor, véase COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 291 y ss., esp. p. 340. Sobre la Constitución como algo más que una creadora de mercados, véase ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y retórico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, 2ª ed., Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, Buenos Aires, 1979, p. 116.

ser protegida<sup>4</sup>, mas, en el plano de los eventuales beneficiarios, y a diferencia de las clásicas reglamentaciones de derechos, las regulaciones de fomento "tienden al logro de un objetivo económico específico, que requiere inevitablemente una *identificación del sector* que se beneficiará o perjudicará con su aplicación<sup>5</sup>, llegándose incluso a la identificación de la *firma beneficiaria*."

De tal modo, según se esté ante un contexto contractual (o asimilable) o no, se aplicarán las reglas del acto administrativo de alcance particular o las del contrato administrativo, o bien las propias de los actos de alcance general emanados del Congreso o, en su caso, de la Administración. Así, indagar en cuestiones de responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento conllevará una apreciación liminar ineludible: verificar si se está en uno u otro escenario. Ante una modificación, suspensión o extinción del respectivo régimen<sup>6</sup>, el eventual reclamo por los daños basados en la responsabilidad del Estado adoptará uno u otro andarivel, sujetándose a las reglas de prescripción propias de cada supuesto<sup>7</sup>. En síntesis, se estará ante escenarios similares al del ya legendario fallo "Metalmeccánica"<sup>8</sup>—inspirado en la doctrina que permite ver, en la relación de fomento, una relación contrac-

<sup>4</sup> BUSTAMANTE, Jorge E., *Desregulación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 19/20. La bastardilla no es del original.

<sup>5</sup> Ídem nota precedente.

<sup>6</sup> Debemos admitir que se trata de una actividad que, según los casos que conforman la jurisprudencia específica, podrá o no crear un derecho subjetivo en cabeza del beneficiario; y ello cobra relevancia atento a que, desde una perspectiva general, la actividad de fomento suele deparar la ejecución de fondos públicos o la no percepción de ciertas sumas por parte del Estado, por lo que constituirá, según la coyuntura macroeconómica nacional (épocas de normalidad, épocas de emergencia, políticas de turno) una variable apta para la modificación, o incluso la eliminación unilateral, sin perjuicio de la eutimista "suspensión" con posibilidad de atenuación del equilibrio del compromiso originario y los eventuales daños.

<sup>7</sup> Ampliar en MERTEHLIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, e-book, 1ª ed., Buenos Aires, 2006, publicado en [www.revistatrap.com.ar](http://www.revistatrap.com.ar), ps. 129 y ss., esp. p. 130.

<sup>8</sup> "Metalmeccánica", *Fallos*: 296:672, (1976) esp. p. 674. Su *holding* relativo a la bilateralidad, en el caso de la relación de promoción industrial allí analizada, se refleja, a su vez, en la doctrina de la Procuración del Tesoro, por ejemplo, en *Dictámenes*: 172:326.

tual<sup>9</sup>, o bien ante contactos reglamentarios dotados de mayor o de menor protección jurídica contra modificaciones y discontinuaciones. Veamos, sintéticamente, cuál ha sido la jurisprudencia en la materia con apego a la experiencia argentina.

### 3. Relación contractual

Situaciones claramente contractuales son las que entran en el ya mencionado "Metalmeccánica"<sup>10</sup>; en dicho fallo<sup>11</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que se estaba ante un acto bilateral en su formación y efectos tal que era aplicable la prescripción decenal, como si se estuviera ante un contrato administrativo. Para arribar a esa conclusión entendió el tribunal que los derechos adquiridos podían emerger tanto de: (i) actos contractuales<sup>12</sup>, o bien de actos de estructura (ii) unilateral o (iii) bilateral<sup>13</sup>. El *holding*<sup>14</sup> de este fallo, en cuanto aquí interesa y en punto al régimen de promoción industrial involucrado en el caso, consiste en que hay acto administrativo bilateral, creador de derechos y obligaciones, cuando media acogimiento del particular y posterior aceptación por parte del Estado; los derechos adquiridos en virtud de un acto bilateral pueden dar nacimiento a derechos subjetivos para el administrador. En esta dirección, se sostuvo en el precitado fallo que no era necesaria la "equivalencia" lisa y llana con un contrato administrativo a efectos de la prescripción de la acción para desplazar la prescripción bianual, y se consideró que el acto bilateral

<sup>9</sup> MARIENHOF, Miguel S., *El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al quasi contrato administrativo*, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978, Buenos Aires, Nº 61, ps. 71 y ss.

<sup>10</sup> "Metalmeccánica", *Fallos*: 296:672 (1976).

<sup>11</sup> Ídem nota precedente.

<sup>12</sup> Ello, con cita de "SA Cia. de Petróleo La República Ltda. C/A. Nacional de Petróleo Ltda. y Standard Oil Co. SA Argentina c/Prov. de Salta s/inconst. Dec. Prov." del 31-5-1928, *Fallos*: 164:140, en el que se había declarado la inconstitucionalidad del acto por el cual se habían revocado unas concesiones mineras.

<sup>13</sup> Ello, con cita de "Tema Carman de Cantón c/Gobierno de la Nación", *Fallos*: 175:368, en el cual se había declarado la irrevocabilidad de la jubilación de la accionante. Véase "Metalmeccánica", *Fallos*: 296:672, (1976) consid. 13.

<sup>14</sup> Ídem nota precedente.

en su formación y efectos en cuestión se hallaba alcanzado por la prescripción decenal<sup>15</sup>.

La doctrina de este fallo sigue vigente en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. En el caso "Urundel", la sala V del fuero hizo lugar a la demanda de nulidad y daños y perjuicios incoada por la firma actora con fundamentos en que, por decreto, se habían dejado sin efecto los reembolsos establecidos en un decreto anterior, y la Corte Suprema<sup>16</sup> confirmó en lo principal la sentencia anterior, equiparando los daños reclamados con los reembolsos que la firma tenía derecho a percibir. Cabe poner de resalto que, en el caso, el régimen imponía a la firma la obligación de llevar a cabo diversas inversiones mínimas, desplegar cierta capacidad de producción, contratar un mínimo de personal en relación de dependencia y cumplir la normativa ambiental, y, a cambio, se obtenían los reembolsos a las exportaciones<sup>17</sup>. El alto tribunal —en el marco de la resolución del recurso ordinario de apelación— llegó a establecer sanos lineamientos doctrinarios en punto a la seguridad jurídica, en tanto consideró que: (i) la actora había optado por el nuevo régimen "en los términos y condiciones de la promoción originalmente acordada", y ello propiciaba el rechazo del agravio de la demandada relativo a que no gozaba de un derecho sino sólo de los beneficios derivados de una liberalidad otorgada por el Estado<sup>18</sup>; (ii) el perjuicio debía ser resarcido para no menoscabar la sustancia económica del derecho de la actora<sup>19</sup>; (iii) ello, más allá de que se ostentara un derecho adquirido o un beneficio otorgado. Tanto en el voto mayoritario como en un voto separado se destaca que el régimen de reembolsos había sido dejado sin efecto por el interés público que exigía "restablecer la igualdad de condiciones en la competencia entre empresas [...] sin necesidad de subsidios que

distorsionen tal objetivo"<sup>20</sup>, directriz de índole política que integra un núcleo —cabe apuntar— irrevisable judicialmente. Empero, se declaró la nulidad del acto de alcance particular cuestionado<sup>21</sup> que dejaba sin efecto el régimen de promoción, y se hizo lugar al rubro indemnizatorio, equivalente a los reembolsos que hubiera percibido la firma si no se hubiera dictado el decreto impugnado que modificaba el régimen anterior, del año 1983.

Con posterioridad a que la Corte Suprema fallara en autos "Urundel", la sala III del mencionado fuero, en el caso "Alpesca"<sup>22</sup>, en el que se impugnaba el mismo decreto involucrado en aquél, confirmó la sentencia anterior que había hecho lugar a la demanda de nulidad del decreto —en el caso no se perseguía una condena pecuniaria sino sólo la nulidad del acto— invocando el fallo de la Corte recién reseñado. Para así decidir, por razones de economía procesal, adoptó la solución a la que se arribara en aquél, con cita, a su vez, de "Metalmeccánica". Apelada que fue la sentencia, el alto tribunal consideró que el recurso extraordinario deducido por la demandada era inadmisiblet<sup>23</sup>.

Más tarde, en la causa "Jugos del Sur"<sup>24</sup>, la misma sala, con cita del ya reseñado "Alpesca", enfatizó que la actora —en uno y otro caso— tenía derecho adquirido al mantenimiento de los reembolsos, derecho adquirido que "no pudo válidamente ser desconocido por el Estado nacional". Como se recordará, en ambos casos había obligaciones de inversión a cargo de la firma bajo el mentado decreto. Al momento, esta sentencia de la alzada no se halla firme.

Como puede verse, la doctrina emergente del célebre fallo "Metalmeccánica" sigue vigente en sólidas interpretaciones.

#### 4. Acogimiento al régimen. Aprobación. Incidencia de la habilitación

Las situaciones jurídicas que genera la actividad de fomento ori-

15 "Metalmeccánica", Fallos: 296:672 (1976), consid. 8º.

16 "Urundel del Valle SA c/EN", Fallos: 323:1906. Cfr. el esquema de agravios propuesto por la actora recurrente en "Manufacturas del Comahue SA c/Estado nacional" (Ministerio de Economía y DGI) s/Proceso de conocimiento", Fallos: 326:2468 (2003), donde la Corte Suprema diferencia cuidadosamente ambos casos.

17 Art. 8º, dec. 2332/83.

18 "Urundel del Valle SA c/EN" cit., consid. 8º y 9º.

19 "Urundel del Valle SA c/EN" cit., consid. 10 y 13.

20 "Urundel del Valle SA c/EN", cit., voto del Dr. Fayt, consid. 4º *in fine*.

21 "Urundel del Valle SA c/EN", cit., consid. 11; cfr. el argumento de la demandada de que se trataba del reclamo de una indemnización por acto lícito.

22 CNFed.Cadm., sala III, 5-9-2002, "Alpesca SA c/EN".

23 "Alpesca SA c/Estado nacional (PEN) s/Justicia de conocimiento", del 1-6-2004.

24 CNFed.Cadm., sala III, 11-12-2006, "Jugos del Sur SA c/EN".

ginadas en solicitudes de acogimiento al régimen, con posterior aprobación, también han merecido protección, e ilustra tal aserto el caso "Fapesa"<sup>25</sup>. En él, se hizo lugar parcialmente a la demanda declarándose la ilegitimidad del acto por el cual se requirió a la actora la devolución del certificado que habilitaba a la firma a efectuar importaciones exentas de derechos aduaneros, se declaró la ilegitimidad de los actos por los que se habían rechazado los planteos de la firma, y se reconoció el derecho a resarcimiento por los derechos de importación y tasas pagadas a raíz del error de criterio adoptado por la administración. La Corte Suprema confirmó la sentencia anterior, para así decidir, interesa puntualizar que el alto tribunal efectuó una interpretación sistemática de las normas en juego para concluir en que no se le podía exigir a la firma un requisito inexistente en las normas aplicables, y concluyó en que no se pudo dejar sin efecto el beneficio otorgado por acto de aprobación, ni invocándose un error administrativo ni pretendiéndose una recalificación de la firma beneficiaria.

No modificaría esta interpretación el recaudo de habilitación, previsible en ciertos regímenes de promoción: en un caso tramitado por la justicia tucumana, se pretendió enervar la aprobación con la inexistencia de habilitación de la totalidad de las obras incorporadas al régimen respectivo<sup>26</sup>. En la sentencia, actualmente apelada, se entendió que los derechos emergentes de la "aprobación" de la solicitud de "acogimiento" generaban derechos adquiridos y el Estado debía cumplir con el régimen de fomento vigente, para él, a partir del dictado de las respectivas normas, haciéndose caso omiso del mentado recaudo de "habilitación".

##### 5. Acogimiento. Asignación. Aprobación

Ahora, debe enfrentarse con cautela esta modalidad de otorgamiento del beneficio en tres pasos: en otra causa "Jugos del Sur"<sup>27</sup>,

<sup>25</sup> "Fábrica Austral de Productos Eléctricos SA (Fapesa) c/EN", Fallos: 325:1897 (2002).

<sup>26</sup> CCAdm. de Tucumán, 28-9-2005, "Villa Lohette SRL c/Superior Gobierno de la Provincia s/Daños y perjuicios", expte. 574/02, sent. 451, consid. III.2, la causa se halla con recurso de casación de la demandada declarado inadmisibile.

<sup>27</sup> "Jugos del Sur c/EN", Fallos: 323:3784 (2000).

la Corte Suprema distinguió nitidamente la diferencia entre "solicitud de acogimiento" seguida de "resolución de asignación" (condicional) del beneficio, por un lado, hipótesis que se verificaba en el expediente administrativo; y "solicitud de acogimiento", seguida de "resolución de asignación" (condicional) y seguida de "aprobación" o "resolución aprobatoria", por el otro, hipótesis no emergente de las actuaciones administrativas. En el caso, esta distinción sustentó el rechazo de la demanda de la actora, quien habiendo transcurrido los dos primeros estadios nunca logró alcanzar el tercero, y la falta de aprobación provocaba la ausencia del derecho adquirido. De tal modo, se revocó la sentencia anterior, y se rechazó el argumento de la sala I del fuero, que había entendido que la actora había tenido una "expectativa" digna de protección bajo el acto de asignación.

##### 6. Derechos acordados, derogación

Existe un antiguo grupo de precedentes que ilustran sobre una figura que puede visualizarse como "derechos acordados" y que, en cuanto a su protección, se asimilan a los derechos subjetivos de fuente contractual o asimilable sobre los cuales antes nos explayáramos. Pueden citarse, en este sentido, los casos "Ford", en los cuales sólo se demandaba la repetición de lo indebidamente pagado a la Administración. En estos casos, existía un régimen de promoción industrial consistente en la liberación de tener que sufragar determinados gravámenes, y con posterioridad a que se hubieran "acordado los derechos" —tal la expresión del alto tribunal— se había dejado sin efecto el régimen. En todos ellos se hizo lugar a la demanda, con fundamentos en que el régimen no podía ser modificado a posteriori, dadas las obligaciones que existían, a cargo de la firma beneficiaria. Tales precedentes son: "SA Ford Motor Argentina c/DNA"<sup>28</sup>, que brindó sustento a la solución adoptada después en "SA Ford Motor Argentina c/Nación Argentina"<sup>29</sup>, y que fue reiterado en "SA Ford Motor Argentina c/ANNA"<sup>30</sup> y es

<sup>28</sup> "SA Ford Motor Argentina c/DNA", Fallos: 283:360.

<sup>29</sup> "SA Ford Motor Argentina c/Nación Argentina", Fallos: 295:621.

<sup>30</sup> "SA Ford Motor Argentina c/ANNA", Fallos: 300:1027 (sólo se publican los sumarios).

indudable su elevado significado desde el punto de vista de la protección de los derechos acordados bajo una legislación anterior.

### 7. Las expectativas y su (des)protección

Sin embargo, en punto a las medidas implementadas mucho después de los precitados casos "Ford", cabe recordar las dificultades interpretativas que suscitaron los Capítulos IV, V y VII de la ley 23.697<sup>31</sup>. En el caso "Uboldi"<sup>32</sup>, la actora había entendido que el régimen promocional que la beneficiaba —seguro de cambio, ley 23.101, decreto 526/85— se había hallado vigente hasta el dictado del decreto 435/90, que lo suspendió por 90 días (art. 50), volviendo a estar vigente vencido ese plazo, para ser finalmente derogado expresamente por decreto 2032/91. Sin embargo, la Corte Suprema entendió que el régimen había sido derogado antes, en septiembre de 1989, con la propia sanción de la ley 23.697. Ahora, si el decreto 526/91 había sido derogado en septiembre de 1989 por esa ley, ¿cómo se explica que el decreto 2032/91 derogara expresamente el mentado decreto 526? El interrogante queda abrazado por la interpretación exegética que adopta el alto tribunal al hacer suyas las consideraciones de la Procuración General de la Nación. De tal modo, quedó sin sustento la pretensión de la empresa actora, y se revocó la sentencia de la sala I del fuero.

Este precedente de la Corte Suprema sirvió, asimismo, para que se revocara<sup>33</sup> la sentencia de la sala III del fuero en el caso "Techint"<sup>34</sup>. Esta última había hecho lugar a la pretensión anulatoria y resarcitoria de la actora: entendió que el contrato beneficiado, de la actora, adjudicado el 24 de enero de 1990, sólo en su segundo año de vida había venido a ser afectado por la derogación expresa del decreto 526/91, lo cual habría generado, al momento de la adjudicación, una expectativa de mantenimiento del régimen promocional<sup>35</sup>. Mas, como se dijo, la

solución final del caso fue diversa. Con posterioridad a estos dos fallos, la sala IV del fuero en otra causa —"Jugos del Sur"<sup>36</sup>— aplicó el criterio del precitado "Uboldi". De tal modo, en la línea Uboldi-Techint, no obstante el régimen promocional (vigente hasta su derogación expresa), se percibe la inhabilidad de la expectativa de mantenimiento del régimen promocional, a los fines de generar derecho al resarcimiento por involucrar simples expectativas no tutelables.

### 8. Meras situaciones reglamentarias

A los fines de indagar en la posibilidad de obtener protección por modificación de una situación meramente reglamentaria, resulta crucial tener presente la antigua doctrina emergente del fallo "De Martín", conforme a la cual "si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría la inadmisibles consecuencia de que la titularidad de un derecho individual vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente en satisfacer ese derecho", y según la cual "[c]uando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, como que son la causa eficiente del nacimiento de éstos"<sup>37</sup> se han consumado en la forma prevista en la ley, debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa. No se trata, por cierto, de atender a la mera contingencia fáctica de un hecho —natural o humano<sup>38</sup>— sino a la virtualidad jurídica que les asigna la ley y cuando esa virtualidad se ha actualizado en la realidad, el efecto se ha concretado e individualizado, entrando a la categoría de situación

31 B. O. del 25-9-89. Ampliar en KAUFMAN, Gustavo A., *La suspensión de subsidios en la ley de emergencia económica*, en L. L. 1990-C-760/770.

32 "Refinería Metales Uboldi y Cia. c/ENP", Fallos: 327-4739 (2004).

33 "Techint Compañía Técnica Internacional c/ENP", del 14-2-2006.

34 CNFed.Cadm., sala III, 13-5-2004, "Techint Cia. Técnica Internacional c/ENP".

35 Ídem nota anterior, esp. consi. 9°.

36 CNFed.Cadm., sala IV, 9-2-2006, "Jugos del Sur c/ENP".

37 Con cita de la nota *in fine* del Codificador a la sección segunda del Libro II del Código Civil y nota al art. 896 del mismo.

38 Con cita de la nota al art. 896, Cód. Civ.

pasada y consumada. Y, entonces, el legislador no puede desconocerla con posterioridad, porque no son consecuencias futuras de situaciones existentes<sup>39</sup>, sino situaciones consolidadas con derechos adquiridos e incorporados al patrimonio de su titular con rai-gambre constitucional<sup>40</sup> [...]. [E]n el caso, la sanción de la ley 18.027, derogatoria de la ley 16.507, no pudo privar al actor del derecho adquirido bajo la vigencia de esta última<sup>41</sup>.

### 9. Reflexiones finales

De acuerdo con lo expuesto en estas apretadas líneas, las relaciones jurídicas que generan los regímenes de fomento —a efectos del eventual planteo de responsabilidad estatal, contractual o extracontractual y, en especial, en punto a la prescripción— a veces resultan prístinamente contractuales o asimilables a tal encuadre, y otras veces son de neto corte parlamentario. Más allá de ello, debe admitirse también que existen casos particulares que demuestran una bilateralidad tal que suscitan una protección similar a la que merecería un contrato bajo la siempre vigente doctrina del ya no tan legendario "Metamecánica", que continúa siendo aplicado, como se vio. Según los casos, las situaciones jurídicas resultantes generarán derechos, facultades, intereses.

Como ha puntualizado María Graciela Reiriz en su clásica obra sobre responsabilidad del Estado, existen normas constitucionales que

<sup>39</sup> Con cita del art. 3º, Cód. Civ.

<sup>40</sup> Con cita del art. 33, *in fine*, Cód. Civ., así como de Fallos: 167:47 y 294:163:155; 178:431; 238:496; 251:78.

<sup>41</sup> "De Martín, Alfredo c/Banco Hipotecario Nacional", Fallos: 296:723 (1976). En similar sentido, "Rati Guaradeghini c/BCRA", Fallos: 296:731 (1976). También se ha señalado que "[c]uando bajo la vigencia de una ley [...] el particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho, debe tenerse por adquirido, y es inadmisible su supresión por una ley posterior sin agravar al Derecho Constitucional de propiedad (Fallos: 296:719 y 723, 298:472, entre otros); hipótesis que se da en el caso en el que el contribuyente presentó en su oportunidad la declaración jurada del impuesto a las ganancias [...] con sujeción a la ley [...] entonces vigente, generando de tal modo una situación tributaria y patrimonial consolidada no susceptible de ser menoscabada por una ley ulterior", conf. "Juan Fullana S.A.", Fallos: 307:305 (1985) esp. consid. 15 en p. 315.

sirven para fundamentar la "obligación estatal de resarcir los daños que se le imputan"<sup>42</sup>, y agrega la citada jurista que uno de los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado es la "garantía del derecho de propiedad"<sup>43</sup>.

Por ello, a todo evento, bien vale la pena recordar que, cuando de una situación contractual o asimilable a ella se trata, "[l]a prohibición de suprimir o alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como entre éstos y los Estados o por los Estados entre sí. El Estado cuando contrata no puede invocar su soberanía para justificar un acto subsiguiente tendiente a alterar las obligaciones nacidas del acto jurídico realizado [...] Cuando el Estado contrata con los particulares no le es permitido anular o revocar, en todo o en parte, sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad..."<sup>44</sup>.

Y si se estuviera fuera del escenario contractual, como también enseña la Corte Suprema, con palabras de atemporal aplicabilidad, "el legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente; los jueces, investigando la intención de aquél podían, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez, pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatrar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad"<sup>45</sup>. De esta manera, mora sólo en el pasado la

<sup>42</sup> REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, ps. 17/47, inspirada dicha fundamentación insipiblicista en la tesis doctoral (inédita) de GORDILLO, Agustín A., *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la Administración Pública*.

<sup>43</sup> REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, en *El Derecho Administrativo argentino, hoy*, jornadas presididas por el profesor Dr. Miguel S. Marichonoff, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 220/229, esp. p. 225.

<sup>44</sup> "Ferrocarril del Sud c/Nación Argentina", Fallos: 183:116 (1939), p. 134.

<sup>45</sup> "Caja de Crédito Impulsora c/Talleres Navales y 'Terrestres Magallanes'", voto

antigua interpretación conforme a la cual un beneficio puede ser retirado mediante la simple derogación o modificación de la ley<sup>46</sup> sin mayores consecuencias. Ello, sin perjuicio de la aplicación, en nuestro país, en el ámbito nacional, de la legislación vigente—sobre la cual se ha exployado Merzhikian— en materia de reclamos por daños sufridos en virtud de derogaciones de actos de alcance general<sup>47</sup>.

de los Dres. Buján y Coviello, consid. III, causa: 2128/93, del 21-6-96, con cita de Fallos: 138:47, 152:268, 155:156, 167:5, 172:21, entre otros.

En similar sentido, voto del Dr. Coviello en "Alianza Ras Argentina SA de Seguros Generales c/DGF", causa 17.845/96, del 9-11-98.

<sup>46</sup> COOLEY, Thomas M., *Principios generales de Derecho Constitucional*, trad. de la 2ª ed. por Julio Carrié, Buenos Aires, 1898, p. 295.

<sup>47</sup> Según el art. 83, RPA, "[l]os actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición, de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados". Sobre esta verdadera regla de seguridad jurídica, ampliar en MERZHIKIAN, Eduardo, *Estudios de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2007, esp. ps. 271/272, y sus citas de Miguel S. Martenhoff.

## EL EQUILIBRIO ENTRE LAS CARGAS Y LOS BENEFICIOS DE LA PLANIFICACIÓN

por ALEJANDRO JUAN USENGHI

SUMARIO: I. El Derecho Urbanístico. Origen y evolución. II. Derecho de propiedad y derecho a construir. III. Distribución equitativa de las cargas del urbanismo. A. Instrumentos compensatorios. 1. *Solo criado*. 2. Transferencia de derechos de construcción (TDR). B. Instrumentos recuperatorios del mayor valor de los terrenos. 1. Concepto. 2. Algunas aclaraciones. 3. Contribución de mejoras: el panorama de América Latina. 4. Impuestos. 5. Derecho preferente de compra. C. Instrumentos regulatorios de recuperación del mayor valor. 1. Bonificación por zonificación o bonos por densidad. 2. Zonificación inclusiva. 3. Operaciones interligadas. 4. Certificados de un derecho potencial a construir. 5. Bancos de tierra. 6. Expropiación urbanística. D. Consideraciones finales.

### I. El Derecho Urbanístico. Origen y evolución

La moderna doctrina entiende que el fenómeno del urbanismo denota el conjunto de medidas políticas, administrativas, financieras, económicas, sociales o técnicas destinadas a asegurar el crecimiento armónico de una ciudad.

Si bien hay vestigios del ordenamiento de los asentamientos humanos desde la más remota antigüedad, lo cierto es que las políticas de urbanismo enfocadas con criterio científico encuentran su origen en la era industrial. Esta revolución tecnológica, económica y social provocó profundas migraciones del campo hacia la ciudad, produciendo el abigarramiento de las poblaciones obreras en torno a las zonas fabriles, con los consiguientes problemas de organización y prestaciones por parte de la autoridad pública (ordenamiento de los nuevos barrios nacidos anárquicamente, provisión de transporte, energía, servicios sanitarios, etc.).