

Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público

Ediciones
rap

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD DE FOMENTO

ESTELA B. SACRISTÁN*

I. PLANTEO

En nuestro país, la actividad estatal de fomento –entendida como acción estatal de protección o promoción¹ y sus manifestaciones, en especial las ayudas públi-

* Es Abogada –UMSA, 1992–, Especialista en Derecho Administrativo Económico –UCA, 1998– y Doctora en Derecho –UBA, 2006–

En 1995, fue distinguida con el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”, instituido por Acordada N° 6/1991.

¹ 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*, Tomo I, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, p. 477 y sigs., tal como da cuenta Baena de Alcázar, Mariano, “Sobre el concepto de fomento”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1967, N° 54, pp. 43-83, en especial p. 46 y número 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*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, 2ª edición, p. 89 y sigs.; Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones sobre las ayudas públicas”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2003, N° 45, pp. 601-609; del mismo autor, *Derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Lexis Nexis–Abeledo Perrot, 2006, 8ª edición actualizada, p. 363 y sigs.; la tesis de De La Riva, Ignacio, *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004; Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, 1ª edición, pp. 340-341; Uslenghi, Alejandro, “Poder de policía y actividad de fomento”, en *El Derecho administrativo argentino, hoy*, Jornadas presididas por el profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 87 y sigs.; Sarmiento García, Jorge –director–, *Derecho público*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 647 y sigs.; 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, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, pp. 653-668. También Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo II, Madrid,

cas²— 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 actividades³, 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 legales formales o reglamentarios de mayor o menor intensidad. En otras palabras, esas diversas situaciones pueden ubicarse en diferentes puntos de un *continuum* virtual que corre entre el contrato y el reglamento.

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. Y, además, toda modificación en ellos tendrá importantes ecos. Por cierto, una conocida causa de modificación es la declaración de emergencia, que, según los casos, sin llegar a aniquilar el régimen, lo recortará en punto al ejercicio de los respectivos derechos, en forma transitoria, en la medida en que ese ejercicio conspira contra la superación de la situación que da origen a la respectiva declaración.

Centro de Estudios Constitucionales, 1966, p. 281; Baena de Alcázar, “Sobre el concepto de fomento...”, *op. cit.*, p. 43 y sigs.; Cazorla Prieto, Luis y Alcubilla, Enrique, *Temas de Derecho constitucional y Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1988, p. 970 y sigs.; Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A. - Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 344 y sigs.; Bermejo Vera, José —director—, *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1994, p. 49 y sigs. y p. 718 y sigs.; Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, Civitas, 1999, p. 97 y siguientes, en especial bibliografía citada en pp. 140 y 141; Wolff, Hans J., “Fundamentos del Derecho administrativo de prestaciones”, en AA VV, *Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, homenaje al profesor Enrique Sayagüés Laso, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, p. 349 y sigs.; Stober, Rolf, *Derecho administrativo económico* —traducción del alemán y anotado por González Varas Ibáñez, Santiago—, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, p. 203 y sigs. y 349 y sigs.; Linotte, Didier — Mestre, Achille — Romi, Raphaël, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 1995, 3ª edición, p. 439 y sigs.; Rivero, Jean —Waline, Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1996, 16ª edición, p. 413 y sigs. Por su parte, Foulkes, David, *Administrative Law*, Londres, Butterworths, 1995, 8ª edición, p. 455, y Nash, Ralph C., Jr. — Schooner, Steven I. — O’Brien, Karen R., *The Government Contracts Reference Book*, Washington D.C., The George Washington University, 1998, 2ª edición, p. 279 y sigs., analizan —en el marco del derecho británico y norteamericano, respectivamente— ciertos incentivos a la actividad económica privada, en particular.

² Sobre la cuestión terminológica, pueden verse Cassagne, “Reflexiones sobre las ayudas públicas...”, *op. cit.*, donde analiza las alocuciones *fomento* y *ayudas públicas*; así como De La Riva, *Ayudas públicas...*, *op. cit.*, pp. 118-120.

³ Enfatizando este papel de promotor, véase Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, 1ª edición, p. 291 y sigs., en especial p. 340 y p. 718 de la 2ª edición. Sobre el concepto relativo a que la Constitución es algo más que una creadora de mercados; véase Alberdi, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, 1979, 2ª edición, p. 116.

Asimismo, no debe perderse de vista que la actividad de fomento parecería ofrecer dos caras distintas: por un lado, objetivamente, las regulaciones de fomento “amplían o restringen derechos existentes a favor de una *actividad* que, en opinión del legislador, debe ser protegida”⁴; 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”⁵, llegándose incluso a posibilitarse la identificación de la *firma* beneficiaria si media expresa asignación.

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 régimen⁶, el eventual reclamo por los daños basados en la responsabilidad del Estado adoptará uno u otro andanivel, sujetándose a las reglas de prescripción propias de uno u otro supuesto⁷. En síntesis, se estará ante escenarios similares al del ya legendario fallo “Metalmeccánica”⁸ –inspirado en la doctrina que permite ver, en la relación de fomento, una relación contractual⁹–, o bien ante contactos reglamentarios dotados de mayor o de menor habilidad para proveer protección jurídica contra modificaciones y discontinuaciones.

⁴ Bustamante, Jorge E., *Desregulación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 19-20. La bastardilla no es del original.

⁵ *Ibidem*.

⁶ 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 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 eufemística *suspensión*, con clara afectación del equilibrio del compromiso originario y los eventuales daños.

⁷ Ampliar en Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, formato e-book, Buenos Aires, 2006, 1ª edición, publicado en www.revistarap.com.ar, p. 129 y sigs., en especial p. 130.

⁸ “Metalmeccánica”, *Fallos*: 296: 672 –1976–, en especial 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.

⁹ Marienhoff, Miguel S., “El acto administrativo bilateral y al Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al quasi contrato administrativo”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1978, N° 61, p. 71 y sigs.

Veamos, sintéticamente, cuál ha sido la experiencia jurisprudencial y práctica en la materia, con apego a la experiencia argentina¹⁰.

II. RELACIÓN CONTRACTUAL

Situaciones claramente contractuales son las que enraízan en el ya mencionado “Metalmeccánica”¹¹; en dicho fallo¹², 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 contractuales¹³, o bien de actos de estructura ii) unilateral o iii) bilateral¹⁴. El *holding*¹⁵ 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 administrado. En esta dirección, se sostuvo en el precitado fallo que no era necesaria la *equivalencia* lisa y llana con un contrato administrativo a los efectos de la prescripción de la acción para desplazar la prescripción bianual, y se consideró que el acto bilateral en su formación y efectos en cuestión se hallaba alcanzado por la prescripción decenal¹⁶.

La doctrina de este fallo sigue vigente en la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Cabe recordar que en el caso “Urundel”¹⁷, la Sala V del Fuero hizo

¹⁰ También pueden verse nuestros trabajos: “La relación jurídica de fomento: ¿unilateralidad o bilateralidad?”, en *El Derecho*, Tomo 184, pp. 948 a 957; “El problema de la fuente en las relaciones de fomento”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 43, enero-marzo 2003, pp. 9-122; “Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento”, en AA VV, *Estudios de Derecho Administrativo X. La responsabilidad del Estado*, Mendoza, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, UCA, Diké Foro de Cuyo, 2005, pp. 297-319.; “Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento –De los actos de estructura bilateral a los contactos reglamentarios–”, en obra en homenaje a la Profesora Doctora María Graciela Reiriz, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, en prensa.

¹¹ “Metalmeccánica”, *Fallos*: 296: 672 –1976–.

¹² *Ibidem*.

¹³ Ello, con cita de “S.A. Cía. de Petróleo La República Ltda.; Cía. Nacional de Petróleos Ltda. y Standard Oil Co. S.A. Argentina c/ Pcia. de Salta s/ inconst. dto. pcial del 31-5-1928”, *Fallos*: 164: 140 –1932–, en el que se había declarado la inconstitucionalidad del acto –decreto provincial– por el cual se habían revocado unas concesiones mineras otorgadas por el gobierno provincial.

¹⁴ Ello con cita de “Elena Carman de Cantón c/ Gobierno de la Nación”, *Fallos*: 175: 368 –1936–, en el cual se había declarado la irrevocabilidad de la jubilación de la accionante: véase “Metalmeccánica”, *Fallos*: 296: 672 –1976–, en especial Considerando 13.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ “Metalmeccánica”, *Fallos*: 296: 672 –1976–, Considerando 8°.

¹⁷ CNACAF, Sala V, “Urundel del Valle S.A. c/ EN-PEN s/ varios”, del 22-6-1998.

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 Suprema¹⁸ confirmó, en lo principal, la sentencia anterior, equiparando los daños reclamados con los reembolsos que la firma tenía derecho a percibir. Nótese 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 exportaciones¹⁹. El Alto Tribunal –en el marco de la resolución del recurso ordinario de apelación incoado– 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 adquirido sino sólo de los beneficios derivados de una liberalidad otorgada por el Estado²⁰; ii) el perjuicio debía ser resarcido para no menoscabar la sustancia económica del derecho de la actora²¹; 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 que se produjo 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”²², directriz de índole política que integra un núcleo –cabe apuntar– irrevisable judicialmente. Empero, se declaró la nulidad del acto de alcance particular cuestionado²³ 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 la causa “Urundel”²⁴, la Sala III del mencionado Fuero, en el caso “Alpesca”²⁵, en el que se impugnaba el mismo decreto involucrado en aquel fallo, 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

¹⁸ “Urundel del Valle S.A. sin E.N.”, *Fallos*: 323: 1906–2000–. Cfr. el esquema de agravios propuesto por la actora recurrente en “Manufacturas del Comahue S.A. c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía y DGI– s/ proceso de conocimiento”, *Fallos*: 326: 2468–2003–, donde la Corte Suprema diferencia cuidadosamente ambos casos.

¹⁹ Artículo 8º, Decreto N° 2.332/1983.

²⁰ “Urundel del Valle S.A. s/ EN”, *Fallos*: 323: 1906–2000–, en especial Considerandos 8º y 9º.

²¹ “Urundel del Valle S.A. s/ E.N.”, *Fallos*: 323: 1906–2000–, en especial Considerandos 10 y 13.

²² “Urundel del Valle S.A. s/ E.N.”, *Fallos*: 323: 1906–2000–, voto del Dr. Fayt, Considerando 4º *in fine*.

²³ “Urundel del Valle S.A. s/ EN”, *Fallos*: 323: 1906–2000–, Considerando 11. Cfr. el argumento de la demandada de que se trataba del reclamo de una indemnización por acto lícito.

²⁴ “Urundel del Valle S.A. s/ EN”, *Fallos*: 323: 1906–2000–.

²⁵ CNACAF, Sala III, “Alpesca S.A. c/ EN”, del 5-9-2002.

recién reseñado. Para así decidir, por razones de economía procesal, adoptó la solución a la que se arribara en aquel, con cita, a su vez, de “Metalmecánica”²⁶. Apelada la sentencia, el Alto Tribunal consideró que el recurso extraordinario deducido por la demandada era inadmisibles²⁷.

Más tarde, en la causa “Jugos del Sur”²⁸, la misma Sala, con cita del ya reseñado “Alpesca”²⁹, 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 de escribir estas líneas, esta sentencia de la alzada no se halla firme.

Como puede verse, la doctrina emergente del célebre fallo “Metalmecánica”³⁰ sigue vigente en sólidas interpretaciones.

III. ACOGIMIENTO AL RÉGIMEN. APROBACIÓN. INCIDENCIA DE LA HABILITACIÓN

Las situaciones jurídicas que genera la actividad de fomento, originadas en solicitudes de acogimiento al régimen, con posterior aprobación, también han merecido protección jurisprudencial, e ilustra tal aserto el caso “Fapesa”³¹. En él, se hizo lugar parcialmente a la demanda, declarándose la ilegitimidad del acto por el cual se requería 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 erróneo criterio adoptado por la Administración. La Corte Suprema confirmó la sentencia anterior. Interesa puntualizar que el Alto Tribunal efectuó una interpretación sistemática de las normas en juego para concluir que no se le podía exigir a la firma un requisito inexistente en las normas aplicables, y concluyó 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 que tramitó por la Justicia tucumana, se pretendió enervar la aprobación con una pretendida inexistencia de habilitación de la totalidad de las obras incorporadas al régimen respectivo³². En la respectiva senten-

²⁶ “Metalmecánica”, *Fallos*: 296: 672–1976–.

²⁷ “Alpesca S.A. c/ Estado Nacional –PEN– s/ juicios de conocimiento”, del 1-6-2004.

²⁸ CNACAF, Sala III, “Jugos del Sur S.A c/ EN”, del 11-12-2006.

²⁹ CNACAF, Sala III, “Alpesca S.A. c/ EN”, del 5-9-2002.

³⁰ “Metalmecánica”, *Fallos*: 296: 672–1976–.

³¹ “Fábrica Austral de Productos Eléctricos S.A. –Fapesa– c/ EN”, *Fallos*: 325: 1897–2002–.

³² CCA de Tucumán, “Villa Lolette SRL c/ Superior Gobierno de la Provincia s/ daños y perjuicios”, Expediente N° 574/2002, del 28-9-2005, sentencia 451, Considerando III.2; la causa se halla con recurso de casación de la demandada declarado inadmisibles.

cia –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 la organización estatal, a partir del dictado de las respectivas normas, haciéndose caso omiso del mentado recaudo de *habilitación*.

IV. ACOGIMIENTO. ASIGNACIÓN. APROBACIÓN

Ahora, algunos regímenes de fomento prevén un *iter* que abarca los tres pasos mencionados, a saber, acogimiento, asignación y aprobación. Y debe enfrentarse con cautela esta modalidad de otorgamiento del beneficio en tres pasos: en una causa denominada “Jugos del Sur”³³, la Corte Suprema distinguió nítidamente entre *solicitud de acogimiento*, seguida de *resolución de asignación* –condicional– del beneficio, por un lado, hipótesis que se verificaba en el expediente administrativo involucrado en el caso; 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 ponderadas. En el caso, esta distinción sustentó el rechazo de la demanda de la actora, quien, habiendo transcurrido los dos primeros estadios, nunca había logrado alcanzar el tercero, y la falta de aprobación provocaba la ausencia de derecho adquirido. De tal modo, se revocó la sentencia anterior, rechazándose el argumento de la Sala I del Fuero en punto a que la actora había tenido una *expectativa* digna de protección bajo el acto de asignación.

V. 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 sus protección, se asimilan a los derechos subjetivos de fuente contractual o asimilable, sobre los cuales antes nos explayábamos. 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: “S.A. Ford Motor Argentina contra D.N.A.”³⁴, que brindó sustento a la solución adoptada después en “S.A. Ford

³³ “Jugos del Sur c/ EN”, *Fallos*: 323: 3784 –2000–.

³⁴ “S.A. Ford Motor Argentina c/ D.N.A.”, *Fallos*: 283: 360 –1972–.

Motor Argentina contra Nación Argentina”³⁵ y que fue reiterado en “S.A. Ford Motor Argentina contra A.N.A.”³⁶, y es indudable su elevado significado desde el punto de vista de la protección de los derechos acordados bajo una legislación anterior.

VI. LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

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 N° 23.697³⁷.

En el caso “Uboldi”³⁸, la actora había entendido que el régimen promocional que la beneficiaba –seguro de cambio, Ley N° 23.101, Decreto N° 526/1985– se halló vigente hasta el dictado del Decreto N° 435/1990, que lo suspendió por noventa días –Artículo 50–, volvió a estar vigente vencido ese plazo, para ser finalmente derogado expresamente por Decreto N° 2.032/1991. Sin embargo, la Corte Suprema entendió que el régimen había sido derogado antes, en septiembre de 1989, con la propia sanción de la Ley N° 23.697. Ahora, si el Decreto N° 526/1991 había sido derogado en septiembre de 1989 por esa ley, ¿cómo se explica que el Decreto N° 2.032/1991 derogara expresamente el mentado Decreto N° 526? El interrogante queda abrazado por la interpretación exegética que adopta el Alto Tribunal al hacer suya 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.

El precedente de la Corte Suprema “Uboldi”³⁹ sirvió, asimismo, para que se revocara la sentencia de la Sala III del Fuero en el caso “Techint”⁴⁰. Ésta última había hecho lugar a la pretensión anulatoria y resarcitoria de la actora: entendió que el contrato beneficiado de la actora, adjudicado el 24-1-1990, sólo en su segundo año de vida había venido a ser afectado por la derogación expresa del Decreto N° 526/1991, lo cual habría generado, al momento de la adjudicación, una expectativa de mantenimiento del régimen promocional⁴¹. Mas, como se dijo, la solución final del caso fue diversa, pues se revocó la sentencia anterior y se rechazó la demanda de la actora⁴².

³⁵ “S.A. Ford Motor Argentina c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 295: 621 –1976–.

³⁶ “S.A. Ford Motor Argentina c/ A.N.A.”, *Fallos*: 300: 1027 –1978– –sólo se publican los sumarios–.

³⁷ *Boletín Oficial*: 25-9-1989. Ampliar en Kaufman, Gustavo A., “La suspensión de subsidios en la Ley de emergencia económica”, en *La Ley*, 1990-C, pp. 760-770.

³⁸ “Refinería Metales Uboldi y Cía c/ EN”, *Fallos*: 327: 4739 –2004–.

³⁹ “Refinería Metales Uboldi y Cía c/ EN”, *Fallos*: 327: 4739 (2004).

⁴⁰ CNACAF, Sala III, “Techint Cía. Técnica Internacional c/ EN”, del 13-5-2004.

⁴¹ Sentencia citada en número 40, en especial Considerando 9°.

⁴² “Techint Compañía Técnica Internacional contra EN”, del 14-2-2006: “Que las cuestiones planteadas en autos guardan sustancial analogía con las debatidas y resueltas en la Causa R.667.XXXV. “Refinería Metales Uboldi y Cía. S.A.C.I.F.I. c/ Estado Nacional – Subsecretaría de Industria y Comercio sin juicios de conocimiento” sentencia del 2 de noviembre de 2004, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, por razones de brevedad. Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se rechaza la demanda”.

Con posterioridad a estos dos fallos, la Sala IV del Fuero, en otra causa, “Jugos del Sur”⁴³, aplicó el criterio de la Corte Suprema en el precitado fallo “Uboldi”⁴⁴. De tal modo, en la línea jurisprudencial “Uboldi-Techint”, no obstante el régimen promocional –vigente hasta su derogación expresa–, se percibe la inhabilidad de la expectativa de mantenimiento del régimen promocional vigente, a los fines de generar derecho al resarcimiento; ello, por hallarse involucradas simples expectativas no tutelables.

VII. 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 clásico fallo “De Martín”⁴⁵, conforme 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: “*Cuando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, que son la causa eficiente del nacimiento de éstos –⁴⁶–, 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 humano⁴⁷– 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 pasada y consumada. Y entonces, el legislador no puede desconocerla con posterioridad, porque no son consecuencias futuras de situaciones existentes⁴⁸, sino situaciones consolidadas con derechos adquiridos e incorporados al patrimonio de su titular con raigambre constitucional⁴⁹.*”

⁴³ CNACAF, Sala IV, “Jugos del Sur c/ EN”, del 9-2-2006.

⁴⁴ “Refinería Metales Uboldi y Cía c/ EN”, Fallos: 327: 4739 –2004–.

⁴⁵ “De Martín, Alfredo contra BHN”, Fallos: 296: 723 –1976–.

⁴⁶ Con cita de la nota *in fine* del Codificador a la sección segunda del libro II del Código Civil y nota al Artículo 896 del mismo.

⁴⁷ Con cita de la nota al Artículo 896, Código Civil.

⁴⁸ Con cita del Artículo 3°, Civil Código.

⁴⁹ Ello, con cita del Artículo 33, *in fine*, Código Civil, así como de “José Horta c/ Ernesto Harguindeguy”, Fallos: 137: 47 –1922–; “María Carranza de Lawson c/ Álvarez, Soto y Cía”, Fallos: 137: 294 –1922–; “José M. Ferrugia c/ Provincia de San Juan”, Fallos: 163: 155 –1931–; “Acuña Lorenzo y Cía c/ Cía. General de FFCC de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 178: 431 –1937–; “Marcela Ferreyro de Raviña c/ María Georgina Outin de Auge”, Fallos: 238: 496 –1957–; “Abel Estévez c/ SRL Refinerías de Maíz”, Fallos: 251: 78 –1961–.

[...] *En el caso, la sanción de la Ley N° 18.027, derogatoria de la Ley N° 16.507, no pudo privar al actor del derecho adquirido bajo la vigencia de esta última*⁵⁰.

Como puede advertirse, esta doctrina –que se ha mantenido inalterada en épocas de normalidad y de emergencia⁵¹ y que posee fuerte anclaje en la legislación procedimental administrativa alemana⁵²– indica que el cambio legislativo sobrevi-

⁵⁰ “De Martín, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional”, *Fallos*: 296: 723 –1976–, en especial p. 726. En similar sentido, “Raúl Guaradeghini c/ BCRA”, *Fallos*: 296: 731 –1976–.

También se ha señalado: “Cuando 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 tenérselo por adquirido y es inadmisibles su supresión por una ley posterior sin agraviar al derecho constitucional de propiedad –“Fermín L. Aguinaga contra Nación Argentina”, *Fallos*: 296: 719 –1976–, en especial p. 722; “De Martín, Alfredo contra Banco Hipotecario Nacional”, *Fallos*: 296: 723 –1976–; “A.A. Banco del Interior y Buenos Aires contra Rywka Kupferberg de Olsak y otros”, *Fallos*: 298: 472 –1977–; 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”; cfr. “Juan Fullana S.A.”, *Fallos*: 307: 305 –1985–, en especial Considerando 15 en p. 315.

⁵¹ “San Luis, Pcia. de c/ EN”, *Fallos*: 326: 417 –2003–, voto del Dr. Carlos S. Fayt; “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos Antonio c/ PEN o EN”, *Fallos*: 325: 28 –2002–; “Gaibisso, César A. y otros c/ EN- Mrio. de Justicia”, *Fallos*: 324: 1177 –2001–; “Panamericana de Plásticos S.A. c/ EN-Mrio. de Economía”, *Fallos*: 322: 118 –1999–; “Durañona y Vedia, Agustín J. y otros c/ EN”, *Fallos*: 320: 141 –1997–, disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique S. Petracchi y Gustavo A. Bossert; “Revestek S.A. c/ BCRA”, *Fallos*: 318: 1531 –1995–, disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo A. F. López; “Cassin, Jorge H. y otros c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Cruz”, *Fallos*: 317: 1462 –1994–; “Marozzi, Eldo Eithel c/ Provincia de Santa Fe sin recurso contencioso administrativo”, *Fallos*: 316: 2090 –1993–; “Dellutri, Carlos Salvador c/ Banco de la Provincia de Santa Cruz”, *Fallos*: 306: 1799 –1984–; “Banco del Interior y Buenos Aires S.A. c/ Kupferberg de Olsak, Rywka y otros”, *Fallos*: 298: 472 –1977–; “Aguinaga, Fermín L. c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 296: 719 –1976–; entre otros.

⁵² Cabe recordar que la Ley Fundamental alemana, entre otras previsiones en materia de fomento, establece, en su Artículo 104.a.4.: “La Federación podrá conceder a los Estados ayuda financiera para inversiones especialmente importantes de los Estados y municipios –o asociaciones de municipios– que sean necesarias para prevenir una alteración del equilibrio económico nacional o para compensar disparidades de capacidad económica en el territorio federal o para el fomento del crecimiento económico. Los detalles aplicativos, en particular las modalidades de las inversiones que se hayan de estimular, se regularán por ley federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal o por convenio administrativo –*Verwaltungsvereinbarung*– concertado en virtud de la Ley de Presupuestos Federales –*auf Grund des Bundeshaushaltsgesetzes*–”.

Rige para la revocación del acto de alcance particular respectivo de otorgamiento del beneficio al particular la regla del Artículo 49(2) de la Ley de Procedimientos Administrativos, *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Por ende, el acto lícito firme que beneficia sólo podrá ser revocado, y con efectos hacia el futuro, cuando i) la revocación esté permitida por la ley o se haya hecho reserva de revocación en el acto mismo; ii) el beneficiario haya incumplido íntegramente o haya incumplido dentro del plazo prefijado al efecto con las obligaciones a su cargo; iii) la autoridad pueda, como resultado del cambio en las circunstancias, no emitir el acto y si la no revocación fuere contraria al interés público; iv) la autoridad pueda, como resultado de la enmienda de una norma legal, no emitir el acto, ya que el beneficiario no ha obtenido ventajas o no ha recibido ningún beneficio derivado del acto y cuando la no revocación fuere contraria al interés público; o v) a fin de prevenir o eliminar un serio daño al bien común.

Como puede inferirse de la enumeración efectuada, la doctrina “De Martín” de la Corte Suprema argentina guarda plena armonía con ii), el cual requeriría alguna clase de intimación previa antes de la revocación.

viente –derogación de una ley por otra– no puede afectar derechos plenos o adquiridos, los cuales, a su vez, no dependen de la existencia de un acto administrativo específico en la medida en que se hayan satisfecho los requisitos prefijados en la normativa. Caso contrario, habrá agravio al derecho de propiedad constitucional.

VIII. EL FOMENTO Y EL FEDERALISMO. EVENTUALES RESPONSABILIDADES

Pueden completarse estas líneas con algunas reflexiones relativas a las relaciones de fomento no ya en el plano de las relaciones entre los particulares y el Estado Nacional, provincial o municipal, sino en las relaciones que pueden generarse entre estos últimos órdenes.

Bajo cierta perspectiva, la Constitución puede ser concebida como un contrato social o, incluso, como un contrato⁵³. Algo tenemos, por cierto, entre nosotros: bajo el orden constitucional nacido en 1853-1960, se creó un formidable acuerdo entre las provincias preexistentes y la Nación, enderezado a llevar adelante una federación perdurable. Ese acuerdo tiene al menos dos facetas: i) las provincias, preexistentes a aquella, detentaban poderes soberanos originarios⁵⁴; algunos de ellos, en oportunidad de constituirse la Nación argentina, serían conferidos al gobierno federal en la Constitución Nacional y los demás serían conservados por aquellas. También formó parte del acuerdo ii) la igualdad entre las provincias, se tratase de las existentes hacia 1853 o de las incorporadas posteriormente⁵⁵.

Respetando ese gran acuerdo, y en lo que aquí interesa, las partes –Estado Nacional, provincias– pueden acordar que, por razones de fomento, ciertas provincias reciban un trato especial –por ejemplo, zona franca en las provincias patagónicas para fomentar la migración hacia dicha área geográfica–. Ese acuerdo, al ser concebi-

⁵³ Platón, *Critón*, 52-a hasta 53-a; Hobbes, Thomas, *Leviathan*, capítulo XVIII; Locke, John, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, “Concerning Civil Government”, § 97; Rousseau, Jean-Jacques, *The Social Contract*, I-6; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, –traducción de María D. González–, México, FCE, 1978, ps. 28; Gauthier, David, *Morals By Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1987; Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown & Co., 1992, 4ª edición, ps. 615/616; Rosatti, Horacio D., “La Constitución argentina como contrato social”, en *Cinco ensayos sobre Derecho constitucional*, Luis O. Tudesco, Tomo I, Buenos Aires, 2001, ps. 69/109.

⁵⁴ González, Joaquín V., *Obras Completas*, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina, Tomo III, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, 1935, p. 571. Cfr. González Calderón, Joaquín V., *Derecho constitucional argentino*, Tomo III, Buenos Aires, J. Lajoune y Cía., 1930, 3ª edición corregida y aumentada, p. 468, para quien “ninguna [de las provincias] como soberana ni todas como individualmente soberanas hicieron la delegación”.

Para estudios más actuales, pueden verse Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2006, 2ª edición actualizada y ampliada, pp. 331-332; Bidegain, Carlos M. –Gallo, Orlando J. – Palazzo, Eugenio L. – Punte, Roberto A. – Schinelli, Guillermo C., acts.–, *Curso de Derecho constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 73-80; Gelli, María Angélica, *Constitución de la nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª edición actualizada y ampliada, p. 1013 y sigs.; Sagüés, Pedro N., su “Introducción” a *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 36-40; entre otros.

⁵⁵ Enfatizando la absoluta igualdad, González, *Obras Completas...*, op. cit., Tomo III, p. 589.

do en el ámbito donde están representados no sólo el pueblo sino cada provincia⁵⁶, goza de legitimidad democrática máxima, sin perjuicio de los límites constitucionales a toda norma infraconstitucional. ¿Podría endilgarse favoritismo a una decisión legislativa que diferenciara a unas provincias de las otras, incluyéndolas en un determinado régimen de fomento?

Desde el derecho público norteamericano, Schwartz analiza el propósito regulatorio de tales medidas a la luz de la cláusula que permite al gobierno nacional tanto gravar como gastar⁵⁷. Y si la imposición o el gasto –y una no percepción de tributos es una suerte de costo– apuntan al *bienestar general*, no podrían ser tenidos por inconstitucionales.

De tal modo, entre nosotros, serían aplicables a un supuesto como el analizado: i) la regla de igualdad entre provincias; ii) la doctrina conforme la cual las prerrogativas otorgadas para un área geográfica no deben “distorsionar la política económica delineada para todo el país”⁵⁸, tal que la medida de fomento gozaría de adecuación constitucional, salvo que se verificare esa distorsión. Por último, y en punto a la aplicabilidad de la regla de igualdad entre provincias, cabría recordar que no hay afectación de tal garantía, salvo que se demuestra arbitrariedad, indebido favor o desfavor o privilegio, ilegítima persecución⁵⁹.

Cuestión bien distinta es la relativa a cuán inmune a la revisión judicial puede resultar la medida de fomento acordada: para una tesis restrictiva, el caso “Mellon”

⁵⁶ V. gr., el Congreso de la Nación.

⁵⁷ Schwartz, Bernard, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Part I, *The Powers of Government*, Tomo I, New York, Macmillan, 1963, pp. 165-167.

⁵⁸ “Maggi, Esteban Félix s/ presunto contrabando de importación”, *Fallos*: 316: 2797 –1993–.

⁵⁹ “Álvarez Moser, Juan J. c/ Bianchini, Roberto Á.”, del 4-9-2007; “DNM – Ministerio del Interior c/ Valmor S.R.L.”, del 12-12-2006; “Ferreira, Hugo D. c/ Mrio. de JyDDHH”, *Fallos*: 329: 4570 –2006–; “Gorosito, Carlos A. c/ ANSeS”, *Fallos*: 329: 4349 –2006–; “Hoofit, Pedro C. F. c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 327: 5118 –2004–; “López, Osvaldo A. c/ Ministerio JyDDHH”, *Fallos*: 327: 4206 –2004–; “Cooperativa de O. y S. P. de Despeñaderos Ltda. c/ DGI”, *Fallos*: 326: 3162 –2003–; “Diarte, José A. y otros c/ Lotería Nacional SE”, *Fallos*: 326: 2880 –2003–; “Gorosito, Juan R. c/ Riva S.A. y otro s/ accidentes”, *Fallos*: 325: 11 –2002–; “Gaibisso, César A. y otros c/ EN – Ministerio de Justicia”, *Fallos*: 324: 1177 –2001–; “Pérez Companc S.A. –TF -8111-A– c/ DGA”, *Fallos*: 323: 2395 –2000–; “Guida, Liliana c/ PEN s/ empleo público”, *Fallos*: 323: 1566 –2000–; “IEH s/ adopción”, *Fallos*: 322: 1349 –1999–; “Nápoli, Erika E. y otros s/ infracción”, *Fallos*: 321: 3630 –1998–; “Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda”, *Fallos*: 321: 441 –1998–; “Sisto, Verónica E. y Franzini, Martín I. s/ información sumaria”, *Fallos*: 321: 92 –1998–; “Cafés La Virginia SA. c/ Dirección General Impositiva”, *Fallos*: 320: 1166 –1997–; “Kunkel, Carlos M. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, *Fallos*: 320: 305 –1997–; “Passano, Ángela E. c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, *Fallos*: 320: 196 –1997–; “Hanríquez, Abdón Z. c/ Ministerio del Interior”, *Fallos*: 320: 52 –1997–; “Sandrigo, Edén A. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, *Fallos*: 319: 59 –1996–; “Bozzano, Edgardo O. c/ EN - Estado Mayor General de la Armada”, *Fallos*: 318: 1256 –1995–; “González, María H. c/ INPS”, *Fallos*: 317: 2037 –1994–; “Del Rosso, Nicolás c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio

de la Corte norteamericana⁶⁰, sobre el cual nos explayamos en otro lugar⁶¹, recientemente convalidado por ese tribunal extranjero⁶², o bien, para una tesis amplia, el fallo de la Corte Suprema argentina en “Zofracor”⁶³. Mas tal aspecto es ajeno al tema de este trabajo.

IX. UN CASO DE ESTUDIO

A modo de caso de estudio, a los fines de la visualización de la relación contractual o del mero contacto reglamentario en torno a las medidas de fomento, puede

y Actividades Civiles”, *Fallos*: 317: 1644 –1994–; “Maggi, Esteban F. s/ presunto contrabando de importación”, *Fallos*: 316: 2797 –1993–; “Bogado, Alberto Aníbal s/ contrabando”, *Fallos*: 316: 1764 –1993–; “Aranda, Oscar E. y Cuello, Angel L. c/ Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial”, *Fallos*: 315: 2804 –1992–; “Amui Azize, Jorge C. c/ Provincia de Salta”, *Fallos*: 315: 2300 –1992–; “Fernández, E. c/ TA. La Estrella S.A. s/ despido”, *Fallos*: 315: 1190 –1992–; “Linares, Clara M. I. c/ Descotte, Carlos A. y otros”, *Fallos*: 315: 839 –1992–; “Augusto y Renato Vaschetti SACIIF c/ DGI e Instituto Nacional de Vitivinicultura”, *Fallos*: 315: 222 –1992–; “Reaseguradora Argentina S.A. c/ EN”, *Fallos*: 313: 928 –1990–; “Vega, Andrés R. y otro c/ Inst. Nac. de Vitivinicultura s/ ac. de inconst., medida de no innovar”, *Fallos*: 311: 1565 –1988–; “Motor Once S.A.C.I. c/ MCBA”, *Fallos*: 310: 943 –1987–; “Conil Paz, César A. A. c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 307: 629 –1975–; “Dardanelli de Cowper, Ana I. M. c/ Aerolíneas Argentinas”, *Fallos*: 306: 1560 –1984–; “Rodríguez, Carlos E. c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 306: 1883 –1984–; “Ferraris, Sergio A. c/ Provincia de Mendoza”, *Fallos*: 303: 1580 –1981–; “La Anunciada SACI y A Nación Argentina”, *Fallos*: 302: 1203 –1980–; “Galilea Hnos. S.A.”, *Fallos*: 302: 1376 –1980–; “Pavón, Alberto J. C.”, *Fallos*: 295: 197 –1976–; “Saleme, Pablo”, *Fallos*: 288: 275 –1974–; “Bonfante, Alberto A. c/ Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*: 288: 325 –1974–; “Swift de La Plata S.A. c/ Provincia de Tucumán”, *Fallos*: 271: 124 –1968–; “Alcaíno, Pedro c/ Bodegas y Viñedos Jaime Prilusky e Hijos”, *Fallos*: 254: 204 –1962–; entre otros.

⁶⁰ Schwartz, *A Commentary...*, *op. cit.*, p. 167, sostiene que, bajo este fallo, ni los contribuyentes *ni los estados* están legitimados para impugnar la ley, con lo cual ésta devendría inmune a la revisión judicial.

⁶¹ “*Frothingham versus Mellon*”, 262 U.S. 447 –1923–, en el cual se denegó legitimación a unos sujetos contribuyentes de impuestos a los fines de la impugnación de la constitucionalidad de una ley federal. El *justice* Sutherland, que lideró la opinión de la Corte, sostuvo que, a fin de que se le reconociera legitimación activa, el contribuyente debía demostrar no solo que la norma legal era inválida sino también que había sufrido alguna clase de gravamen *directo* como resultado de la aplicación de aquella; no era suficiente acreditar que se había sufrido un gravamen indefinido, similar al que sufriera la población en general. Ver nuestro “Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina”, en Bazán, Víctor –coordinador–, *Defensa de la Constitución*, obra en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 381-398.

⁶² Jay F. Hein, Director, White House Office of Faith-Based and Community Initiatives, et al. versus Freedom from Religion Foundation, Inc., et al., 127 S.Ct. 2553 –2007–, del 25-6-2007, en especial p. 2563.

⁶³ “Zofracor contra EN sin amparo”, *Fallos*: 325: 2394 –2002–: “Si la relativa proximidad existente entre ambas zonas francas permite inferir *prima facie* que la que contaría con condiciones menos ventajosas podría tener inferiores posibilidades de desarrollar los propósitos perseguidos con su creación, la actora –firma adjudicataria de esta última–, tiene un interés concreto, inmediato y sustancial que permite considerar al pleito como un *caso, causa* o controversia, en los términos de los Artículos 116 y 117 de la Constitución, a fin de autorizar el ejercicio de la función judicial”.

traerse a colación el desarrollo legislativo en torno a las concesiones petroleras en nuestro país; específicamente en materia de incentivo –y como se verá desincentivo– a las exportaciones y a las inversiones, sin perjuicio de los eventuales daños vinculables a las medidas analizadas.

a) El escenario originario

En el año 1989, el Decreto N° 1.589/1989 o decreto de desregulación del sector hidrocarburos –dictado con expresa invocación del interés oficial de establecer “reglas claras y definitivas que garanticen la estabilidad y la seguridad jurídica” en punto a las *inversiones* petroleras en exploración y explotación que habían sido exitosamente concitadas bajo el respectivo Plan de 1985 y 1987⁶⁴ – estableció que las exportaciones e importaciones de hidrocarburos y sus derivados estaban *exentas* de todo derecho o retención, presente o futuro. Este régimen integró cada contrato de concesión.

b) Las medidas de emergencia

Ahora, en enero del 2002, la Ley de Emergencia Pública N° 25.561 estableció en su Artículo 6°: *“El Poder Ejecutivo nacional dispondrá medidas tendientes a disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en el Artículo 2° de la presente ley en las personas de existencia visible o ideal que mantuviesen con el sistema financiero deudas nominadas en dólares estadounidenses u otras divisas extranjeras. Al efecto, dispondrá normas necesarias para su adecuación. El Poder Ejecutivo nacional podrá establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y emergentes del impacto producido por las medidas autorizadas en el párrafo precedente [...]. A fin de constituir esa garantía, créase un derecho a la exportación de hidrocarburos por el término de cinco años, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a establecer la alícuota correspondiente [...]. En ningún caso, el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras”*⁶⁵.

Posteriormente, normas subsiguientes establecieron inicialmente un derecho de exportación del 5%⁶⁶ en el 2002; luego del 20%⁶⁷ en el 2004; luego del 25%⁶⁸ en ese año; y del 45%⁶⁹ en el 2006. Toda esta normativa –dictada entre el 2002 y el 2006– se

⁶⁴ Decretos Nros. 1.443/1985 y 623/1987.

⁶⁵ El resaltado no es del original.

⁶⁶ Decreto N° 310/2002.

⁶⁷ Resolución N° 335/2004.

⁶⁸ Resolución N° 337/2004.

⁶⁹ Resolución N° 534/2006.

mantiene vigente por el Artículo 17 del Decreto N° 509/2007; la *validez* habría sido declarada, por resoluciones de ambas Cámaras del Honorable Congreso, recién a mediados del año 2007, resoluciones publicadas en el *Boletín Oficial* en el último tercio de ese año⁷⁰.

La eliminación de la exención habría sido otorgar un subsidio –cruzado– a favor de los bancos para compensarlos por la *pesificación asimétrica* dispuesta por la Ley N° 25.561 y el Decreto N° 214/2002, así como evitar la suba del precio de los combustibles en el mercado doméstico. De más está decir que el aumento de la retención no puede ser trasladado al cálculo y pago de las regalías a las provincias, como establece el artículo antes transcrito. Y, como toda medida de emergencia, el Artículo 6° es retroactivo: incide en contratos en curso.

c) Cuestiones de coherencia

Se interprete a la exención como medida legislativa general o se la perciba como integrante de cada contrato de concesión, lo cierto es que no parece armónica, con la función de atracción de capitales del Artículo 75, inc. 18, Constitución Nacional, la fijación de una exención, para el presente y para el futuro, para después dejarla sin efecto. Sobre todo cuando las inversiones que la exención concitaba y logró –bajo los respectivos contratos– ya se han concretado, cuando así lo reconoce el Decreto N° 1.589/1989 y cuando la veda de exención se aplica retroactivamente a contratos de larga data y en ejecución.

d) Los límites del poder legislativo

La jurisprudencia suele reiterar que el Congreso no se autovincula a futuro⁷¹; que nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico⁷². Mas la jurisprudencia también ha reconocido, con sano criterio, respetuoso de los derechos adquiridos por contrato, “las exigencias de la seguridad jurídica, que poseen jerarquía constitucional”⁷³. Ello, amén de haber hallado, como fundamento de la responsabilidad del Estado ante sucesivos cambios legislativos, la vigencia del “Estado de derecho, la justicia y la seguridad jurídica”⁷⁴.

⁷⁰ *Boletín Oficial*: 10-10-2007 y 10-12-2007.

⁷¹ Ver “Zofracor contra EN sin amparo”, *Fallos*: 325: 2394 –2002–.

⁷² “Unola de Argentina Ltda. contra YPF y BANADE sin contrato de obra pública”, *Fallos*: 321: 2683 –1998–.

⁷³ “Estévez, Abel contra Refinerías de Maíz SRL sin despido”, *Fallos*: 251: 78 –1961–.

⁷⁴ “Winkler, Juan L. c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 305: 1045 –1983–; citado, a su vez, en CNACAF, Sala V, “Urundel del Valle S.A. c/ EN – PEN”, del 22-6-1998, voto del Dr. Pablo Gallegos Fedriani, Considerando VIII.

Resulta necesario aquí formular –desde la comparación con un ordenamiento extranjero– alguna apreciación respecto del argumento relativo a que el Congreso no se autovincula a futuro.

La doctrina de la soberanía del Parlamento, creada en Reino Unido, según a sido sostenido por juristas como Blackstone y Dicey por influencia de la teoría política de Hobbes, permitió oportunamente a los jueces desechar una más antigua doctrina, conforme a la cual los poderes del Parlamento eran limitados⁷⁵. Bajo la doctrina de la soberanía parlamentaria, el Parlamento puede sancionar o derogar cualquier ley con toda libertad. De tal modo, no habrá leyes que el Congreso no pueda modificar⁷⁶.

Sin embargo, esta doctrina –que oportunamente se extendió hasta Australia y Nueva Zelanda– ha tenido numerosas morigeraciones posteriores: consideremos que el propio Lord Denning ha señalado que, en ocasiones, la teoría jurídica debe ceder, y lo ejemplifica con libertades que, una vez otorgadas por ley, no pueden ser sustraídas⁷⁷; que las legislaturas locales australianas pueden autovincularse a futuro⁷⁸; que si bien el laborismo votó en contra de las privatizaciones británicas, al asumir el gobierno nunca consideró deshacer las privatizaciones⁷⁹; que la aceptación popular también juega su rol al momento de sancionar leyes⁸⁰.

⁷⁵ Dicey, A. V., *Introduction to the Law of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1982, en especial capítulo I, p. 3, reimpresión de la 8ª edición de 1915 por Macmillan, Londres: “La soberanía del Parlamento es –desde un punto de vista jurídico– la característica dominante de nuestras instituciones políticas. Mi propósito en este capítulo es, en primer lugar, explicar la naturaleza de la soberanía del Parlamento y demostrar que su existencia es un hecho jurídico plenamente reconocido por el Derecho de Inglaterra; seguidamente, demostrar que ninguna de las limitaciones alegadas respecto de la soberanía del Parlamento existen; y, por último, individualizar y encarar ciertas dificultades especulativas que impedirían admitir derechamente la doctrina de que el Parlamento es, bajo la Constitución británica, una legislatura absolutamente soberana”.

⁷⁶ Para una crítica de esta doctrina, ver Goldsworthy, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999. También puede verse Pérez Triviño, José L., “Una revisión de la soberanía del parlamento británico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, volumen 54, pp. 171-204.

⁷⁷ Palabras de Lord Denning MR en *Blackburn versus A-G*, –1971– CMLR 784: “Todos hemos sido criados para creer que, en teoría jurídica, un Parlamento no puede vincular a otro y que ninguna ley es irreversible. Pero la teoría jurídica no siempre marcha lado a lado con la realidad política. Tomen la Ley –Statute– de Westminster de 1931, que sustrae del Parlamento el poder de legislar para los Dominios. ¿Se imagina alguien que el Parlamento podría revertir o revertiría esa ley? Tomen las leyes que han otorgado independencia a los Dominios y territorios de ultramar. ¿Puede alguien imaginar que el Parlamento podría revertir o revertiría esas leyes y revocarles esa independencia? Muy claramente, no [...]. La teoría jurídica debe ceder a la política práctica”.

⁷⁸ Ver Goldsworthy, Jeffrey, “Manner and Form in the Australian States”, en *Melbourne University Law Review*, volumen 16, pp. 403-429.

⁷⁹ Bailey, Stephen J., *Public Sector Economics. Theory, Policy and Practice*, Palgrave, Basingstoke, Hampshire, 2002, 2ª edición, ps. 340/341; Craig, P. P., *Administrative Law*, Londres, Thomson Sweet / Maxwell, 2003, 5ª edición, ps. 129/131, en especial p. 31, acápite e.

⁸⁰ Ellis, Evelyn, “The Legislative Supremacy of Parliament and its Limits”, en Feldman, David –editor–, *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, ps. 142/172, en especial p. 148.

Lo dicho en el párrafo precedente cobra importancia si se recuerda que tanto la doctrina de la seguridad jurídica como la de las expectativas legítimas operan cuando, por ejemplo, una norma general, en la cual se ha confiado, es reemplazada por otra⁸¹. No se tratará, por cierto, de tomar solamente una expectativa razonable y legítima como única base para un reclamo; pero sí se tratará de que, verificada la existencia de aquella, el organismo estatal se hallará obligado a proveer buenas razones⁸² para fundar su decisión de modificar la norma anterior. A modo de ejemplo adaptado a nuestro medio, no bastaría la mera invocación de una emergencia para derrotar la –razonable– expectativa legítima del administrado.

X. 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, por ende, en punto a la prescripción– a veces resultan prístinamente contractuales o asimilables a tal encuadre y otras veces son de neto corte reglamentario. Por ende, las responsabilidades emergentes pueden ser de fuente contractual o de fuente legislativa en sentido amplio. 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 “Metalmecánica”, que continúa siendo aplicado, como se vio. Según los casos, las situaciones jurídicas resultantes generarán derechos, facultades, intereses.

Como ha puntualizado Reiriz en su clásica obra sobre responsabilidad del Estado, existen normas constitucionales que sirven para fundamentar la “obligación estatal de resarcir los daños que se le imputan”⁸³, y agrega la citada jurista que uno de los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado es la “garantía del derecho de propiedad”⁸⁴.

Por ello, a todo evento, bien vale la pena recordar que cuando de una situación contractual o asimilable a ella se trata: “*La 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 justi-*

⁸¹ Ampliar en Craig, P. P., “Grounds for Judicial Review: Substantive Control over Discretion”, en Feldman, *English Public Law...*, *op. cit.*, pp. 831-869, en especial p. 845.

⁸² En tal sentido, Craig, “Grounds...”, *op. cit.*, en especial p. 851.

⁸³ Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, pp. 17-47, inspirada dicha fundamentación iuspublicística en la tesis doctoral –inérita– de Gordillo, Agustín A., *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la Administración pública*.

⁸⁴ Reiriz, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, en AAVV, *El Derecho administrativo argentino, hoy...*, *op. cit.*, pp. 220-229, en especial p. 225.

ficar 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”⁸⁵.

Y si se estuviera fuera del escenario contractual, como también enseña la Corte Suprema con palabras de atemporal aplicabilidad: *“La facultad de legislar hacia el pasado no es [...] ilimitada. El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquel, podrán, 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, arrebatar o alterar su derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Una ley retroactiva, creando impuestos ampliando o alterando los ya existentes, no pugna con el principio de la inviolabilidad de la propiedad, siempre que se mantenga dentro de las condiciones que constitucionalmente lo definen, esto es, cuando es razonable, no es opresivo en su manera de actuar ni es confiscatorio”⁸⁶.*

De esta manera, mora sólo en el pasado la antigua interpretación conforme la cual un beneficio puede ser retirado mediante la simple derogación o modificación de la ley⁸⁷ sin mayores consecuencias.

Ello, sin perjuicio de la aplicación, en nuestro país, en el ámbito nacional, de la legislación vigente en materia de reclamos por daños sufridos, en virtud de derogaciones de actos de alcance general: *“Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros de oficio o a petición de parte y aún 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”⁸⁸.*

⁸⁵ “Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 183: 116 –1939–, p. 134.

⁸⁶ “Ordoqui, Pedro, Manrique, Manuel y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 151: 103 –1928–. En similar sentido, “Jawetz, Alberto s/ apelación resolución de la Caja de Retiros”, *Fallos*: 317: 218 –1994–; “Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 319: 1915 –1996–; “Greco Hnos. S.A. s/ quiebra, incid. Furlotti S.A.”, *Fallos*: 320: 31 –1997–; “Bula, Carlos c/ Próspero Bonaudi”, *Fallos*: 320: 378 –1997–; “Schcolnik S.A. s/quiebra”, *Fallos*: 320: 1542 –1997–; “Bellini, Paula I. s/ reintegro asignación”, *Fallos*: 320: 2260 –1997–; “Gaibisso, César A. y otros c/ EN – Ministerio de Justicia s/ amparo”, *Fallos*: 324: 1177 –2001–; “Banco Extrader S.A. s/ quiebra”, del 20-3-2007; entre otros.

⁸⁷ Así, en épocas de Cooley, Thomas M., *Principios generales de Derecho constitucional* –traducción de la 2ª edición por Julio Carrié–, Buenos Aires, Peuser, 1898, p. 295.

⁸⁸ Artículo 83, RPA. Sobre esta verdadera regla de seguridad jurídica, ampliar en Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Lexis Nexis–Abeledo Perrot, 2002, 7ª edición. p. 176; Mertehikian, Eduardo, *Estudios de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, en especial pp. 271-272, y sus citas.