

Libro S- 69

Nº Orden:

Expte. Nº 28.093

Juicio: BRIZZI UBALDO Y OT.C/MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS DE LA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ·DAÑOS Y PERJUICIOS

Juzgado: Civil y Comercial Nº5

En la ciudad de Mercedes, a los 6 días del mes de junio del año dos mil trece, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, Dres. Luis Tomás Marchió y Tomás Martín Etchegaray, con la presencia de la Secretaria actuante, se trajo al despacho para dictar sentencia el expediente número 28.093 caratulado “**Brizzi Ubaldo y ot. c/Ministerio de Ob. y Serv. Pub. de la Pcia. de Bs. As. s/Daños y perjuicios**”.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos:

1ª) ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 433/438, en cuanto es materia de apelación y agravios?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Luis Tomás Marchió.

V O T A C I Ó N

Al la **primera cuestión** planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo:

I)- Trámite.

Contra la sentencia de fs. 433/438, dictada el 20 de abril de 2012, que rechazó la demanda, apeló la parte actora (fs. 443). Recurso que se concedió libremente (fs. 444). Llamado a expresar agravios (fs. 445), el recurrente

lo hizo mediante el libelo de fs. 448/452vta., que mereció réplica de la parte demandada (fs. 454/455). Llamados “autos para sentencia” (fs. 456), consentido, y practicado el pertinente sorteo (misma foja, vuelta), quedó la causa en condiciones para ser votada (CPC 34 inc. 3º - c, y 263).

II)- La sentencia, en lo interesante al recurso.

Habían demandado Ubaldo Brizzi y Nélica Berenguer al Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires por indemnización de los daños y perjuicios que les causó en su propiedad rural (dominio matrícula 6384 de Bragado) el dictado de la ley 12.542, que declaró de utilidad pública y sujetos a expropiación la totalidad de los inmuebles necesarios para la ejecución del “Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado”. Y que en una disertación en Bragado, ingenieros de la Dirección de Hidráulica repartieron el plano del proyecto según el cual su campo quedaba afectado. Daño consistente en que de ese modo se los colocó en un estado de disminución de las facultades de disposición de dominio, contrariando su derecho constitucional de propiedad. Concretamente, que el inmueble disminuyó su valor y además no resulta vendible. Arguyen que con motivo o a causa de la afectación se les frustró una operación de venta, cuando antes de firmar el boleto se produjo la disertación mencionada y el comprador desistió. Calcula el daño en la diferencia entre el precio concertado en el negocio abortado, y el valor actual del bien. También reclamó daño moral.

El Fisco de la Provincia opuso defensa de falta de acción. Sostuvo que la única indemnización que podía pretender la actora era la correspondiente a la expropiación por conducto de expropiación inversa, pero que no se encontraba expedita por qué faltaba aun la determinación precisa de la afectación de bien.

Para tratar la falta de acción, la sentencia encuadró el reclamo no en el instituto de la expropiación por causa de utilidad pública, sino en el de la indemnización por actividad lícita del Estado. Pero aun así y todo decide rechazar la demanda por no aparecer demostrado el daño alegado, es decir, la disminución del valor del bien. Dice que el testigo Cardus (fs. 151) afirmó que el valor del

campo aumentó después de diciembre de 2000 de U\$S 1500 a U\$S 3000 por hectárea al momento en que declaró, y sostuvo que en la actualidad es posible venderlo. Coincidente con él fue el dictamen del perito ingeniero agrónomo Mazzocchi (fs. 126/29, ratificado a fs. 398/99) que le asignó valor de U\$S 2.410. Menor así y todo al informado por martilleros de la zona (fs. 123/124) aceptado por la actora (fs. 386). Y -dice- el valor se siguió incrementando: para 2009 llegó a U\$S 4600 (informe de fs. 382). Que tampoco está probada la imposibilidad de venta del campo relacionada con la conducta del Estado. El testigo Cardus no fue interrogado por el motivo de su arrepentimiento, lo que llevó al a-quo a desoír lo afirmado por el testigo Polo al respecto, al considerar como una valoración subjetiva de la voluntad del propio interesado. Y señala (¿cómo motivo que no permitía la venta?) que el bien tenía múltiples gravámenes y embargos anotados, lo mismo que sus titulares tenían inhibición general de vender. Argumenta, por fin, que en la ejecución hipotecaria no se realizó la subasta, por lo que los actores se vieron beneficiados con el aumento del valor de su propiedad a través del tiempo. Como el daño debe ser cierto y no hipotético o conjetural, rechazó la demanda. Con costas al actor, ya que el rechazo de la excepción de falta de acción integró el resultado.

III)- Los agravios.

El primero es porque la sentencia tomó equivocadamente el valor del inmueble en fechas muy posteriores a las en que se produjo el daño, cuando ya había aumentado. El daño -dice el apelante- debe ser apreciado estrictamente a la fecha en que se produjeron los hechos que lo causaron, es decir a la de la sanción de la ley 12.542, y a la expansión provocada por la difusión por los medios públicos de comunicación de la conferencia de los ingenieros de la Dirección de Hidráulica, es decir, a fines de 2001. El juez tomó en cuenta los dichos del testigo Cardus, que quiso comprar el campo en 1997/1998, pero declaró en 2006 cuando ya el valor estaba en U\$S 3.000. Lo mismo el ingeniero Mazzocchi, que habla de U\$S 2410 a 6990, pero en agosto de 2005, que es cuando presentó la pericia. En la actualidad (2013), es aun mayor. Insiste en que

no es que el daño no ocurrió. Lo que pasó es que a raíz de factores externos, en especial la suba del precio de la soja (por ser requerida por los mercados Chino e Indio) se incrementó notablemente el precio de la tierra apta para su cultivo. Pero si en vez de subir, hubiera bajado, el criterio aplicado para determinar la existencia de daño mostraría que está afectado por lo aleatorio, y sería inconsistente.

En soporte de su idea, señala que la pérdida de valor de todos los terrenos que se vieron afectados por la traza de la obra bajaron de precio según los dichos del testigo Quadrini (fs. 149), y que a partir de diciembre de 2000 esos campos perdieron todo el interés para la venta por la publicación de que los afectaba el reservorio, dijo el testigo Ibarra (fs. 150). Que no es razón para la falta de interés en la compra el que un campo tenga embargos o estén inhibidos sus dueños. Destaca la importancia de los dichos del testigo martillero público Carlos Polo (fs. 151bis), ya que se trata de un operador inmobiliario, que dijo saber que los actores pretendían vender pues tenían motivos económicos y financieros a fines del año 2000, y que el comprador Cardus retiró su propuesta al enterarse del proyecto sancionado por ley 12.542; que para ese entonces el valor era de U\$S 3000 por hectárea, y que al hacerse conocido el proyecto de expropiación la gente perdió interés en comprar campos que quedaran dentro del radio del reservorio. Que sus dichos no tienen subjetividad, no tuvo tachas ni hay motivos para dudar de su veracidad. Por lo que sostiene que el daño está probado.

En segundo lugar se agravia por la imposición de costas en la excepción de falta de acción, en la que resultara vencedor. Dice que no obstante que se transformó en defensa de fondo, el artículo no dejó de ser un incidente que se sustanció, en el que la parte demandada resultó vencida. Y que el art. 47 de la ley 8904 establece que el honorario en los incidentes y tercerías se deben regular por separado.

IV)- La solución que propongo para el primer agravio.

a)- El “a-quo” encuadró el tema de la responsabilidad articulado en la demanda de modo correcto, con estricto apego al texto del escrito inicial.

Discernió con claridad que no se reclamaba por la indemnización de algún daño colateral de una *expropiación* por causa de utilidad pública -como pretendía el demandado-, sino que lo que se había traído al ruedo era una pretensión reparadora del *daño causado por actividad lícita del Estado* por acto legislativo, y también por acto del poder administrador de la Provincia, en conjunción sinérgica. El instituto articulado, como bien allí se dice, carece de asiento en la legislación común vigente, y encuentra fundamento en aquellas normas constitucionales que consagran derechos a una tutela judicial efectiva y a un sistema de responsabilidad administrativa completo y eficaz, que cubra lesiones patrimoniales y extrapatrimoniales producido por todo aquel tipo de actividad del Estado, que los particulares no tengan por qué soportar.

b)- Sucintamente relatados, los hechos son los siguientes. El acto *legislativo* fue el dictado de la ley 12.542 (B.O. 07-12-2000) que dispuso la expropiación por causa de utilidad pública de la totalidad de los inmuebles necesarios para la ejecución del Proyecto “Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado”, situados en 58 partidos de la Provincia, entre ellos Bragado.

El acto lesivo -aunque lícito- atribuido al *poder administrador* fue la “disertación” que dieron unos ingenieros del Ministerio demandado en la ciudad de Bragado a principios de 2001, en la que difundieron un plano del proyecto de la obra, en el que se apreciaba que afectaría, entre otros, al inmueble propiedad de los actores.

Es decir, no se invocó que el Estado hubiera cometido ningún acto ilícito que generara responsabilidad aquiliana. Tanto la ley como la disertación eran completamente lícitas. No hay antijuridicidad. Ni tampoco se dijo en la demanda que el bien se encontrara concretamente sujeto a expropiación -no hay mención que se hubiera dictado el acto administrativo que declarara afectado el bien-, ya que en tal caso la situación hubiera encuadrado en la ley general de expropiaciones 5.708, y la posible acción ejercible por los reclamantes hubiera sido la de expropiación inversa (art. 41, ley 5708-t.o. 1986).

El origen del daño (relación causal) alegado presentó dos fases.

Como al conocer los vecinos de Bragado que el inmueble de los actores se encontraba en situación de resultar probablemente afectado por expropiación, los potenciales compradores perdieron interés; esa retracción de la demanda causó - según el relato del actor- la pérdida de gran parte del valor del bien (que cayó de U\$S 2200 a U\$S 500 la hectárea), a la vez que les originó a sus propietarios la imposibilidad práctica de poder disponer de él, ya que no solo no pudieron venderlo (se frustró una operación casi concretada), sino que tampoco se lo aceptaban como garantía hipotecaria para la obtención de un crédito que por entonces necesitaban. Tal fue el daño. En la demanda lo mensuraron en su aspecto material como la diferencia de valores antes y después de la “disertación”, y al extrapatrimonial a título de daño moral, lo estimaron en una importante suma de dinero.

c)- La responsabilidad del Estado por los *actos ilícitos* de sus agentes (responsabilidad aquiliana) es materia del derecho civil y se encuentra legalmente regulada (CN 19 y CC 43 y 1112).

Pero la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares por los *actos lícitos* de sus poderes (ya sea el ejecutivo, legislativo, o judicial), es un capítulo del derecho no contemplado por la ley en nuestro ordenamiento jurídico. *La responsabilidad por actividad lícita del Estado tiene carácter complejo por la ausencia de normas específicas que regulen la materia y por inaplicabilidad de las normas sobre “responsabilidad civil” que tienen como presupuesto normal la antijuridicidad* (SCBA, B 49350 del 13-10-1987, “Delta Plata”, AyS 1987 IV, 307; JUBA B10983).

Atroz manifestación de ese desierto normativo lo tenemos en el texto de la demanda. Que no cita una sola norma legal para fundamentar su derecho al resarcimiento. Maguer cuando contestó el traslado de las excepciones, dijo que accionaba en base al derecho de daños consagrado en el C.Civil (sic; fs.54vta., 3er párrafo), aunque sin indicar a que norma concreta aludía.

La teoría de la responsabilidad e indemnización del Estado por sus actos lícitos es obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Con especial énfasis

cuando se trató de daños originados a la propiedad privada, pero en realidad comprensiva de todos los derechos civiles. Ha dicho nuestro cimero tribunal no hace mucho que *el fundamento de la responsabilidad estatal por sus actos lícitos dentro del estado de derecho, reside en la justicia y la seguridad jurídica, siendo la obligación de indemnizar corolario lógico de la garantía constitucional que contemplan los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional* (SCBA, B 57916 del 18-02-2009, “Transportes y Construcciones...”; JUBA B95704)

d)- Sabido es que en todas sus acepciones, la convivencia en cualquier tipo de sociedad -que el ser humano reconoce como una necesidad vital desde sus mismos orígenes: desde el bíblico “...no es bueno que el hombre esté solo...”, pasando por la clásica definición del estagirita de que el hombre es un “*zoon politicon*”, es decir que el humano solo puede vivir plenamente en una “polis” o comunidad- acarrea inconvenientes, incomodidades, roces, disputas, que a veces se traducen en daños. Es el precio o la contrapartida que debemos afrontar y tolerar para vivir en sociedad, o por vivir en una comunidad. Algunos de esos daños son causados por particulares, otros por el Estado. En ambos casos, cuando son producidos por actos ilícitos o prohibidos, origina para quien los causa el deber de repararlos, y para quien los sufre el derecho a que se lo indemnice. Pero también la causa de esos daños pueden ser actos legítimos, lícitos. Así, el daño inferido a otro por quien obra en legítima defensa, no origina obligación alguna. Otros, aun ilícitos, por su escasa entidad, deben ser soportados por quien los sufre. Pero cuando aun actuando lícitamente es el Estado quien causa daño de cierta magnitud a los administrados, la cosa tiene sus bemoles. No siempre ha de corresponder indemnización, y cuadra distinguir según el estamento a quien se lo impute.

e)- En el estado actual de la jurisprudencia, es válido afirmar que *los actos judiciales no generan responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada*

administración de justicia (perífrasis que me permito traducir como “el costo y las incomodidades inevitables -e indemnizables- de vivir en sociedad”). *El Estado solo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto* (SCBA, AC 76041 del 23-04-2003, “Paladino”, DJBA 165, 145; Ac 93104 del 05-04-2006; C 104777 del 11-03-2013; JUBA B26679).

Por el contrario, *los daños que cause la actividad lícita de la Administración se torna indemnizable cuando el mismo sea efectivo, individualizado, evaluable económicamente, y se ajuste al concepto de “sacrificio especial” en el sentido que incida sobre ciertos individuos y supere los pequeños daños derivados de la convivencia* (SCBA, B 47871 del 18-05-1982, “Yabra”; B 49312 del 20-03-1990, “Promenade”; B 50682 del 20-12-1994, “Carstone”).

La Corte Suprema de la Nación recién comenzó a reconocer el derecho de los administrados por lesión de sus derechos subjetivos causados por actos de la Administración en “Los Pinos c/Mun. Bs.As.”, del 22-12-1975 (Fallos, 283:617). Es el venero más copioso de casos en que se originan los daños a particulares. Una disposición municipal que hace variar la zonificación, un decreto que anula un contrato, etc.

Pero tratándose de **actos legislativos**, la jurisprudencia ha retaceado el reconocimiento, por partir del principio de que el Estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de impuestos, siempre que éstos sean válidos. Pues el Estado Legislador actúa como soberano, y como tal los agravios que el soberano realiza no se reparan. Los actos legislativos están fuera y por encima de toda responsabilidad del Estado (Meyer, citado por Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Bs.As., 1972, t. IV, pág. 734). Idea que tiene su origen en que la Revolución Francesa trasladó los privilegios de la Corona a la Administración Republicana, y luego Napoleón, como soberano absolutista, hizo lo imposible para hacer irresponsables a los funcionarios del Estado. El principio era que *el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos ... puede ciertamente*

producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión (CSN in re Gratry, 1938, Fallos, 180:107). Para esa misma época, la SCN dijo que *la garantía de la propiedad siempre se ha considerado (que) alude al desapoderamiento directo y no al consiguiente perjuicio resultante del ejercicio de legítimos poderes. Nunca se ha supuesto que tenga algún efecto sobre o para inhibir leyes que indirectamente produzcan daño o pérdida a los particulares* (CSN, Fallos, 182:146, 152, Spurr, 1938). Ello le hace afirmar a un conocido publicista que *no existe en principio y en el estado actual de la jurisprudencia nacional, responsabilidad interna* (por oposición a la internacional derivada de tratados) *del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionan daños* (Agustín A. Gordillo, “Derecho Administrativo de la Economía”, pág. 313, n° 6), aunque a renglón seguido señala que tal regla tiene excepciones. Y menciona el caso del “perjuicio especial” de la doctrina alemana. Que, según él, surge de la misma sentencia “Gratry” (Fallos, 180:107) que parece aceptar para el caso la responsabilidad legislativa cuando dice que *no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad*.

f)- Concepto. La doctrina alemana del “perjuicio especial” (válida para el daño causado por actos lícitos del Estado en general, no solo por el poder administrador) es descripta por Mayer del siguiente y sintético modo: *la actividad del Estado no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera **desigual y desproporcionada**, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material ... habrá lo que se llama el **sacrificio especial** ... que debe indemnizarse*. (Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 217; citado por Gordillo en la obra mencionada, p. 314, n° 7,

quien en nota al pie n° 18 añade que dice a su vez Bender que *debe tratarse de un especial sacrificio diminutivo de la propiedad, impuesto a un individuo a favor de la generalidad*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2ª ed., Freiburg im Bresgau, 1956, p. 165).

g)- Ejemplos en el derecho comparado. En el derecho francés recién en 1934 varió la secular jurisprudencia que denegaba indemnización a perjuicios causados por leyes válidas y lícitas, cuando en el “arrêt La Fleurette” se la otorgó a esa empresa que fabricaba un producto lácteo llamado “Gradine” por que debió dejar de hacerlo a raíz de una ley prohibitiva dictada por el Estado Francés para establecer un monopolio estatal. Se dijo en el fallo que *nada, ni el texto mismo de la ley o en sus antecedentes, ni dentro de todas las circunstancias del asunto, permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbía normalmente, que esta carga, que fue creada dentro del contexto general, debe ser soportada por la colectividad*. También se hizo merito de que la prohibición que afectara al reclamante no estaba motivada en cuestiones de sanidad ni salud pública. Del análisis de éste precedente -y otros- surge que en el derecho francés procede la indemnización cuando el legislador no la excluyó ni en el texto, ni en los antecedentes de la ley, ni por las circunstancias del caso. También que solo se indemnizan los daños ciertos y directos, cuando el perjuicio sea especial del peticionante (es decir, que se trate del único damnificado), y que el perjuicio fuera grave.

En el derecho alemán, los conflictos por daños materiales causados por las intervenciones lícitas del Estado sobre la propiedad privada fueron resueltos por aplicación analógica del art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1945. Esta norma constitucional garantizaba la propiedad y el derecho sucesorio, cuyos contenidos y límites serían fijados por la ley. También establecía que el uso de la propiedad debía servir al mismo tiempo al bienestar general. La expropiación solo podía ser fijada por ley cuando lo requiere el bienestar general. En cuanto a los daños inmateriales, la doctrina y la jurisprudencia crearon la “*teoría del sacrificio especial*. El particular debe, sin posibilidad de ser resarcido

y por el carácter social que contiene el patrimonio, soportar a través de reglamentaciones, ciertas restricciones a sus derechos. La excepción la constituye un concreto detrimento en la propiedad que signifique un perjuicio *anormalmente grave y especial*. Es decir, es solo el desconocimiento absoluto o parcial de un derecho de propiedad incorporado en la esfera del individuo el que genera el derecho a un resarcimiento. Caso paradigmático fue el conocido como “la entrega del ejemplar obligatorio”. Una ley, con el propósito de poner al alcance de la comunidad las nuevas publicaciones que ingresaban al mercado, dispuso la obligatoriedad de la entrega gratuita de un ejemplar a la biblioteca pública del lugar. Un editor se opuso porque consideró que se le imponía una carga extraordinaria, ya que su imprenta solo editaba libros de poco tiraje y muy valiosos, razón por la que no estaba dispuesto a soportar la pérdida. El tribunal consideró que no se trataba de una *expropiación* ni de una limitación a la propiedad que debiera soportar sin costos, sino de una excepción que se debía resarcir.

h)- En nuestro país hubo leyes que expresamente negaron derecho a resarcimiento, que fueron acatadas por la justicia; vg. cuando se prohibieron industrias consideradas peligrosas o insalubres. Tal el caso de “Los saladeristas Podestá, Bertram Anderson Ferrer y otros c/Provincia de Buenos Aires” fallada en 1887. La CSN dijo que *los derechos que la Constitución acuerda están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio; que la propiedad en el Código Civil está sujeta a restricciones y limitaciones exigidas por el interés público a ser determinadas solo por el derecho administrativo (CC 2611). Por ello, el retiro de la autorización para establecer saladeros por exigirlo la salud pública, no se consideró contrario a la Constitución ni violatorio del derecho de propiedad, pues a nadie se le concede un derecho para causar daño a otro.*

Es decir, no darían lugar a indemnización las leyes que prohíben determinadas conductas y cuya finalidad declarada sea preservar la seguridad, la salud y la moralidad de la población (vg., prohibición de la prostitución, las que regulan los efluentes industriales con cierre de establecimientos que no cumplan

reglas protectoras del medio ambiente, las que controlan medicamentos o bebidas alcohólicas, etc.).

El principio elaborado por la CSN en cuanto a la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos lícitos cede, sin embargo, ante determinadas y excepcionales circunstancias, como ser la existencia de un ***perjuicio especial***. Este criterio fue expuesto en la causa *Gratry* (Fallos, 180: 107), en la que si bien se rechazó la demanda, se lo hizo porque el perjuicio no reunía el requisito de la **especialidad** necesaria.

Otras leyes autorizan expresamente el resarcimiento de daños. Arquetipo es la de expropiaciones. Cualquier litigio versará nada más que sobre el monto de la reparación. La expropiación por causa de utilidad pública forma un capítulo aparte, ya que se trata de una institución que lleva íncita la previa calificación por ley, y también contempla la indemnización, la que además debe ser previa a la desposesión (CN 17). Y tiene un procedimiento *sui géneris* (ley 5708 en la provincia de Buenos Aires).

Finalmente, están las leyes que no mencionan el tema del resarcimiento. Bielsa sostiene que en esos casos no corresponde indemnizar porque solo la ley puede crear ese derecho (Responsabilidad del Estado en el derecho actual ..., pág. 61).

i)- La SCBA mantiene desde hace mucho tiempo, constante pese a su distinta composición en la etapa democrática, el criterio de exigir como recaudo para indemnizar por acto lícito del Estado, entre otros, el del “sacrificio especial”.

Así, ha dicho que *ante un acto válido de la Administración, la indemnización presupone el sacrificio de derechos cuyo titular no tiene el deber jurídico de soportar aún cuando su agente causal obre con licitud. Para que el Estado responda, el daño causado no solo debe ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado y consecuencia de su accionar, sino que además requiere especialidad y anormalidad, en el sentido de que incida sobre ciertos o algunos individuos y supere los pequeños daños derivados de la*

convivencia (SCBA, B 47871 del 22-10-1985, “Yabra”, AyS 1985-III, 248; DJBA 130, 377; JUBA B14350).

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el reconocimiento de responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, entre los que se encuentran la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño (SCBA, B 55544 del 26-09-2005, “Suartyc”; JUBA B91847).

Y si bien la realización de obras requeridas para el cumplimiento de las funciones administrativas no exime de responsabilidad al Estado por su actividad cuando con ellas se priva a un tercero de la propiedad o se lesiona ésta en sus atributos esenciales, no es menos cierto que no todo supuesto de afectación del derecho de propiedad puede considerarse englobado dentro de a categoría de sacrificio especial. (SCBA, B 55544 del 26-09-2005, “Suartc”; JUBA B91848).

Para que sea posible el reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad lícita, se exige el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles cuyo establecimiento correspondió a la jurisprudencia. A saber, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a éste, la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño. (SCBA, C 100622 del 03-12-2008, “Estrada”; C 111082 del 15-08-2012, “Bonifacio”; JUBA B30333).

El Estado tiene la obligación de responder por las consecuencias dañosas de su actividad lícita, ya que aun cuando se le reconozca potencialidad para revocar actos o contratos en función del interés público, la lesión consecuente sobre la esfera de intereses protegidos del administrado (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) exige ser reparada. De otra forma, el sacrificio

especial que sufre el afectado no resulta compensado, no se “generaliza”, viéndose afectada la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la Constitución nacional). (SCBA, B 57916 del 18-02-2009, “Transportes y Construcciones SA...”; JUBA B95702).

En un caso de actividad lícita de la Administración se torna indemnizable el daño provocado a los particulares, siempre que sea efectivo, individualizado, evaluado económicamente y se ajuste al concepto de “sacrificio especial” en el sentido que incida sobre ciertos individuos y supere los pequeños daños derivados de la convivencia. (SCBA, C 92796 del 04-05-2011, “Maidana”; JUBA B3900352).

j)- En el caso que nos convoca, si bien el acto legislativo fue una ley de expropiación, ya vimos que el reclamo no la tenía como objeto, aunque sí como una de las causas del daño invocado, sin perjuicio que se la tilde de desatinada e inconstitucional por avasallar el derecho de propiedad al dejar en la indefinición cuales son los inmuebles afectados. Y la otra la causa adecuada de la perturbación de las condiciones de su derecho de propiedad (daño) fue el accionar de agentes de la Administración al dar a conocer un plano del proyecto en el que se encontraba comprendido su inmueble (ver escrito de demanda a fs. 28vta., 4º párrafo), sin estar dictado el acto de afectación. Esa difusión, que fue lo que originó el daño, se debió a que se hizo en una conferencia pública que encontró eco en la prensa de su pueblo.

El “a-quo” rechazó la demanda porque no consideró probado el daño alegado (brusca disminución del valor del bien y coetánea desaparición del interés en el mercado para la compra del inmueble, por la amenaza de la expropiación).

No estoy de acuerdo con él.

No puedo sino coincidir con el actor en que “daño” hubo. Aun sin examinar las pruebas, puedo considerarlo intuitivamente como acreditado, por ser “de pública notoriedad”. Lo dice el más precario de los conocimientos que se tenga acerca del funcionamiento de la conducta humana, por las reglas de la

experiencia que proveen a la sana crítica (CPC 384, 456, 474). Es humano que nadie tenga interés en comprar un pleito si no es para especular, lo que conlleva una severa limitación de los interesados y una baja importante del precio. ¿Quién puede tener interés en comprar un campo para dedicarse a la producción -que es cuando se lo valora en su precio real-, si sobre él pende la amenaza de una desposesión por el Estado, al expropiarlo por causa de utilidad pública?

Es un hecho notorio, si se acude a las más elementales reglas de la economía, que la disminución del interés por la compra de una cosa produce la caída de su precio.

A su vez, ese precio menor no aumenta el número de interesados si aquel fue causado porque la cosa está pronta a desaparecer (campo a ser inundado por una obra pública, o a ser expropiado). Es lógico que así la disposición del bien, la posibilidad de venderlo, que es una de las cualidades propias del derecho real de dominio, se ve menguada.

Se podrá discutir sobre el “monto” del daño material que causa una “amenaza de expropiación”, esto es, a cuanto ascendió el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria producido directamente en las cosas de su dominio que menta el CC 1068. Pero que ese perjuicio existió, no me caben dudas.

Tampoco tengo dudas sobre que esa situación de “amenaza de expropiación” debió haber producido en los reclamantes angustias y miedos, congojas espirituales por la incertidumbre, o simplemente dolores de cabeza, como naturalmente debe ocurrir con las personas que ven evaporarse un bien muy valioso de su patrimonio. Y a ese dolor se le conoce como daño moral (CC 1078).

k)- Sin embargo, a no todos los perjuicios que nos depara el devenir de la vida los podemos “socializar”, esto es, hacerlos compartir con los demás por vía de una indemnización. Cuando el daño lo sufrimos a consecuencia de una conducta lícita de un particular, ya vimos que se lo debe tolerar. También examiné lo que ocurre si en igual situación de actividad lícita el causante es el Estado: solo es posible responsabilizarlo cuando el daño importa para el afectado un “sacrificio especial”. Que sea “anormal”, en el sentido que supere los pequeños

daños derivados de la convivencia. Y que no exista el deber jurídico de soportarlo.

“Sacrificio”, en el sentido que el daño debe ser, por sí mismo, muy grave. Y que el mal no haya sido agravado -o simplemente causado- por circunstancias particulares de quien lo sufre, porque entonces se afectará la relación causal entre el acto del Estado y el perjuicio.

Pero también “especial”, esto es que lo afecte a él únicamente -o a unos pocos- de modo arbitrario -en el sentido que no respete la garantía de igualdad ante la ley (CN 16), haciendo pesar sobre unos una carga que beneficia a otros (la comunidad) que se encuentren en su misma situación. Sin que el perjudicado hubiera dado un motivo o exista una razón que justifique la elección.

1)- La ley 12.542 declaró de utilidad pública una obra llamada “Plan Maestro Integral de la Cuenca del Río Salado”. Es el río que cruza el norte y centro de la provincia de Buenos Aires para desembocar en la bahía de Samborombón. Sus recurrentes y cíclicas inundaciones y desbordes afectan la producción y la economía de una vasta región, una de las más ricas de la pampa húmeda. Para paliarlas, el Estado Provincial encaró a fines del siglo XX esta obra pública integral y coherente, que según surge de la página del Ministerio de Infraestructura, se encuentra en pleno desarrollo y con altos porcentajes de cumplimiento.

La ley 12.542 se publicó en el B.O. del 7 de diciembre de 2000. Declaró “sujetos a expropiación a la totalidad de los inmuebles necesarios para la ejecución del proyecto” (art. 1). Para esa fecha todavía no estaba totalmente programada la obra, pues para mayo de 2002 aun estaba en etapa de elaboración el proyecto ejecutivo, y por ende aun no se había dictado el acto administrativo que declarara la afectación de los inmuebles individualizándolos (confr. dictamen de fs. 425 del ing. Mugett).

11)- Entre los derechos que tienen todos los habitantes, enumerados en la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional, se encuentra el derecho de *usar y disponer de su propiedad* (CN 14). También los extranjeros pueden *poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos* (CN 20). *La propiedad es*

inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley (CN 17). Pero el derecho de propiedad tiene una restricción -como cualquiera de los derechos, que se encuentra sujeto a las leyes que reglamentan el ejercicio (CN 14) aunque sin que esas leyes reglamentarias los puedan alterar (CN 28)- , restricción que al estar enunciada en la Constitución Nacional, deviene de igual nivel jerárquico que el derecho mismo: la *expropiación* por causa de utilidad pública (CN 17).

Es decir, en la CN no solo está la propiedad, sino también la expropiación.

La expropiación es el instituto jurídico por medio del cual el Estado, por existir una causa justificada en el bien común o de “utilidad pública”, se adueña de bienes privados. Algunos lo fundan en el “dominio eminente del Estado”, en una rémora de épocas monárquicas. La Constitución solo pauta a la expropiación por causa de utilidad pública con que sea “calificada por ley” (es decir, le da al Congreso o Poder Legislativo la función de establecer cuales son las causas de utilidad pública que permitirán al Estado adueñarse de bienes de los habitantes) y “previamente indemnizada”. La indemnización supone que el Estado pague un precio justo. Es una institución regida totalmente por el derecho público.

La ley que declara la expropiación puede ser particular (individualizando el bien), o general o indeterminada, y en ese caso será el poder administrador el que determine cual es el bien a expropiar.

La ley 12.542, en el sentido antes indicado, es una ley general porque deja al PE la individualización de los inmuebles a expropiar.

Además de esas garantías, la ley general de expropiaciones de la provincia 5708 establece otras. Vg., que aun declarada la afectación de un bien a expropiación, su propietario recién dejará de poder enajenarlo con la iniciación del juicio y la anotación de litis (art. 29, 2º párrafo, ley 5708). Lo que no puede hacer el propietario desde que se declara la afectación es constituir sobre el bien algún derecho que menoscabe su valor (servidumbre, prenda, hipoteca)(art. 15 ley 5708).

La expropiación se considerará abandonada si el expropiante no promueve el juicio dentro de determinados plazos a contar de la sanción de la ley (art. 47 ley 5708), en cuyo caso el interesado puede pedir la cancelación de las inscripciones preventivas y retomar totalmente su disponibilidad (art. 5), o puede reclamar por sí la indemnización promoviendo lo que se conoce como expropiación inversa (art. 41).

Quiero significar con todo lo antes dicho que una ley de expropiación no puede, o es impensable que pueda, por sí misma, generar daños. Salvo arbitrariedad extrema que autoriza a los jueces revisar la calificación de utilidad pública (CSN, Nación Argentina c/Ferrario”, 1961, Fallos, 251:246). Lo que no parece -ni se han traído elementos que permitan siquiera sospecharlo- ser el caso de autos.

La única responsabilidad exigible al Estado es que pague el justo precio de la cosa, con las especificaciones, pautas y limitaciones que la misma ley establece: justo valor a la época de la desposesión, más los perjuicios que sean consecuencia forzosa y directa, intereses. No lucro cesante, ni valor histórico, artístico o panorámico, salvo que sean el motivo determinante de la expropiación (art. 8).

Todos los habitantes de la Nación podemos ser alcanzados por una ley de expropiación, y ello no nos da derecho a quejarnos, porque en eso somos o estamos iguales. Entre los “precios” que se pagan por vivir en sociedad, está el de tener que sobrellevar la posibilidad de ser expropiados. Ese es el principio general. El de la obligación de tolerar una expropiación, en todos sus pasos. Aun el de esperar la indemnización. La demora solo será compensada con intereses.

m)- La demanda plantea un “caso particular” con la pretensión de encuadrarlo en un “sacrificio especial”: haber sufrido daños por *la amenaza* de expropiación. Porque la expropiación, en definitiva, no se produjo, o en la causa no se tienen noticias de que haya ocurrido, lo que deja esa circunstancia fuera de discusión.

Pero resulta que los daños que menciona como sufridos son los

mismos que debe padecer cualquier habitante a quien le afectan un bien para expropiárselo.

La mayor gravedad de los alegados, lo que los destaca - discrimina, diferencia, los desiguala- del resto de los mortales dueños de los campos expropiables de la zona, fue por la situación particular que adujeron padecer -y admitimos que la acreditaron- , esto es, que por no haber podido vender el campo no reunieron el dinero para pagar una obligación (mutuo) garantida con hipoteca, y que por eso se la ejecutaron, etc. No es atribuible a la ley de expropiación, ni a la difusión de la noticia de que su campo era pasible de expropiación, que padecieron lo que padecieron, sino a su situación de deudores morosos que necesitaban en forma imperiosa y urgente reunir un dinero. La causa del mal no estuvo en el Estado, sino en los propios interesados. Por lo menos en una proporción más que significativa, y que no deja a la posible porción estatal una importancia que exceda de los “males que debemos soportar por vivir en comunidad”.

n)- Por otra parte, y dicho en tono de argumento subsidiario, se me ocurre reflexionar que el daño no fue grave, o no tan grave como lo pinta la demanda, porque la merma del valor del campo solo se prolongó por un muy corto espacio de tiempo. Ya que si lo conservaron, los actores se habrán beneficiado con el aumento de su valor con posterioridad a 2002, hasta llegar a precios por hectárea impensados para los finales de la primera década del siglo XXI, como surge de los informes de fs. 123, 124 y 382, no observados por las partes. Lo que hace que no estemos ante un daño cierto, serio ni relevante.

o)- En cuanto al alegado daño moral, dado que el régimen de reparación de daños causados por actos lícitos del Estado no se rige por los principios del derecho privado contenidas en Código Civil (daños por delitos y cuasidelitos, lo que excluye la aplicación del CC 1078), como vimos, sino por el derecho público que para la especie solo cuenta con las normas constitucionales, es evidente que los actores carecen de todo derecho (interés jurídicamente protegido) al respecto. En efecto, las normas sobre expropiación -que podrían ser

de aplicación al caso por analogía (CC 16), por lo menos para evaluar la procedencia de éste especial rubro- desechan toda indemnización sobre aspectos extrapatrimoniales, como lo son el valor histórico, el valor artístico, o el valor panorámico de la cosa expropiada. El concepto de daño moral abarca esos rubros. Y nada hay en el derecho que admita su procedencia en éstas particulares situaciones.

p)- En suma, no veo que la demanda encuentre cauce favorable para su progreso, por las razones que he expuesto. Eso es lo que sugiero.

V)- La solución que propongo para el segundo agravio.

La queja es por que se le impusieron costas al actor en la excepción de falta de acción, en la que dice haber resultado vencedor. Se funda en que al tema se le dio trámite de excepción, y por lo tanto merece regulación por separado del principal.

Por un doble motivo la queja no puede tener éxito.

La razón formal es que quedó firme la resolución de fs. 57vta, en la que el juzgado de anterior instancia dejó aclarado -ante un pedido del hoy apelante- que la cuestión de la legitimación no se había interpuesto como excepción sino como defensa de fondo. Por lo que el planteo aparece contraviniendo las reglas de la preclusión. Y sin que sea razón de menor trascendencia, es que por haber quedado fuera de las cuestiones a ser conocidas por el “a-quo” en la sentencia, resultan improponibles en ésta instancia (CPC 272).

La de fondo, es que el resultado del pleito no le resultará favorable al recurrente, justamente por falta de derecho, será el vencido en la cuestión, y por ende acreedor a la condena en costas (CPC 68). Además, las excepciones -ya vimos que en el caso no la hubo- perentorias cuyo tratamiento es diferido para el momento de la sentencia, se transforman en argumentos de defensa que quedan sujetos al resultado del pleito. Las costas serán para quien resulte vencido en definitiva, el que sea condenado, o a quien le rechacen la demanda, sin perjuicio de que en algún tramo de la esgrima de los argumentos pudieran llevar las de

ganar. Una excepción no es más que una defensa tipificada y como tal va a estar siempre “dentro” del pleito; en cambio, tanto la tercería como el incidente pueden estar “afuera” o “por separado” (CPC 101 y 175). La asimilación ensayada no es feliz por inapropiada.

VI)- Las costas de Alzada.

De ser acogida mi opinión, el recurso deberá rechazarse confirmándose la sentencia en todas sus partes. Por lo que las costas de ésta instancia deberán serle impuestas a la parte actora apelante, en su condición de vencida (CPC 68).

Voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma primera cuestión, el señor juez Dr. Marchió aduciendo análogas razones dio su voto también por la **AFIRMATIVA**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez Dr. Etchegaray dijo:

De conformidad con lo precedentemente acordado, la resolución que corresponde adoptar es la de confirmar en todas sus partes la sentencia apelada, con costas a la parte actora en su condición de vencida en la contienda.

Tal es mi voto.

A la misma segunda cuestión, el señor juez Dr. Marchió aduciendo análogas razones dio su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, de junio de 2013

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Lo que surge del acuerdo que antecede, **SE**

RESUELVE:

Confirmar en todas sus partes y en lo que fuera materia de apelación y agravio la sentencia de fs. 433/438; imponer las costas de ésta instancia a la parte actora en su condición de vencida.

Notifíquese. Regístrese. Devuélvase.