

Género: Doctrina

Título: Las restricciones municipales a la extensión de redes de telefonía móvil y la responsabilidad del Estado por actividad lícita

Autor: Russell, Esteban - Bosch, Martín

Fuente: SJA 24/9/2008

► **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (EN PARTICULAR) - 04) Concesión de servicio público - c) Elementos**

► **MUNICIPALIDADES - 07) Poder de policía**

SUMARIO:

I. Introducción a la problemática de la extensión de redes celulares.- II. Competencia y jurisdicción: ¿federal o local?.- III. La responsabilidad del Estado por acto lícito: a) El reconocimiento de la responsabilidad del Estado en nuestro país; b) La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa.- IV. ¿Corresponde indemnizar a las prestadoras del servicio de telefonía celular por los perjuicios provocados por las normas que ordenan el desmantelamiento de las ESA?: a) Carácter de la ordenanza municipal; b) Los requisitos exigidos y su configuración en el caso: 1. Existencia de un daño cierto y efectivo; 2. Relación de causalidad entre el obrar estatal y la producción del perjuicio; 3. Imputabilidad del daño al Estado; 4. Ausencia del deber jurídico de soportar el daño; 5. Validez de la ley; 6. Naturaleza de la conducta que la ley intenta modificar o regular; 7. Sacrificio especial; 8. El perjuicio sufrido por el particular es en beneficio de toda la comunidad; c) Similitud del caso planteado con antecedentes de la Corte Suprema.- V. Sobre el alcance de la eventual reparación.- VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA EXTENSIÓN DE REDES CELULARES

Durante los últimos años la demanda de servicios de comunicaciones móviles ha aumentado exponencialmente, produciendo la necesidad de expandir y mejorar el servicio con, entre otras medidas, la instalación de nuevas antenas y sus correspondientes estructuras de soporte de antenas (en adelante, "ESA") [\(1\)](#) en todo el territorio nacional.

La problemática de la extensión de redes celulares ha sido tratada en un trabajo anterior [\(2\)](#) ; no obstante, consideramos conveniente un breve repaso.

En ese sentido, recordemos que las radiocomunicaciones se transmiten mediante ondas que se propagan a través del espectro radioeléctrico [\(3\)](#) , por lo que es axiomática la necesidad de instalar estructuras sobre las cuales montar las antenas, que son, en definitiva, las que transmiten las comunicaciones con otras antenas y con los teléfonos móviles.

La multiplicación de las ESA a lo largo de todo el territorio nacional, en particular en las zonas pobladas, y especialmente la circulación de información sobre supuestos efectos perjudiciales sobre la salud de las personas que provocarían las radiaciones que emiten las antenas [\(4\)](#) , generaron la proliferación de normas, tanto federales como locales [\(5\)](#) , tendientes a regular su instalación, ubicación y funcionamiento.

De hecho, los municipios han ido tendiendo hacia una mayor restricción -de diferentes intensidades [\(6\)](#) -, plasmada particularmente en sus normas sobre zonificación [\(7\)](#) . Ello ha provocado en muchos casos la necesidad de clausurar las ESA instaladas, con su posterior desmantelamiento y reubicación.

Esta clase de medidas producen un verdadero impacto en el servicio y, particularmente, en el usuario, real fin último de aquél [\(8\)](#) .

Es que haciendo uso -y a veces, abuso- de sus potestades, en reiteradas ocasiones las autoridades locales restringen y hasta impiden la instalación y mantenimiento de las ESA. Las normas restrictivas suelen ser, según el fundamento que motiva su existencia, de tres tipos: i) las normas dictadas en razón de la supuesta afectación a la salud que provocarían las radiaciones emitidas por las antenas (9) ; ii) las normas relacionadas con el impacto ambiental y la zonificación; y iii) las normas que establecen tributos sobre las ESA y las antenas (10) .

Ante este tipo de medidas las prestadoras suelen solicitar medidas cautelares que impidan al municipio aplicar las normas restrictivas. La suerte de estas solicitudes ha sido dispar.

Así, por ejemplo, la Cámara Federal de La Plata rechazó la medida cautelar peticionada por la prestadora del servicio ante el dictado, por parte de la Municipalidad de Lomas de Zamora, de una orden de desmantelamiento de la ESA (11) . A la conclusión contraria se arribó en un caso que tramitó en la justicia federal de Córdoba. Se trataba también de una medida cautelar solicitada por empresas de telecomunicaciones, con el objeto de que se ordenara al municipio de Río Cuarto abstenerse de intimar, ejecutar, clausurar, obstaculizar o impedir el normal funcionamiento de las ESA instaladas por las actoras. La Cámara Federal dispuso el dictado de la medida cautelar "de no innovar" peticionada (12) .

En cuanto a la problemática vinculada con el daño a la salud, en un interesante caso fallado en el año 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el cual los accionantes solicitaban la suspensión de la autorización para la instalación de antenas de telefonía celular en la Municipalidad de Oncativo hasta tanto se certificara científicamente la inexistencia de todo peligro para la salud de la población o al derecho al medio ambiente sano (13) , la mayoría entendió que no se había logrado demostrar la potencialidad del electromagnetismo para producir daños a la salud o al medio ambiente, lo cual tornaba el planteo de amparo meramente conjetural, y, por ende, carente de base fáctica. En ese sentido, se expuso que en ese momento no había pronunciamiento científico ecuménico que otorgara pruebas convincentes de los efectos nocivos de la radiación no ionizante sobre el organismo, y que no se podía impedir la instalación de las antenas de telecomunicaciones -que prestan servicios importantísimos a la población- por la mera posibilidad de que configuren un peligro a la salud o al medio ambiente, contrarrestable en la medida en que se cumpla con las normas de seguridad.

El voto en disidencia, en cambio, sostuvo que la falta de certeza era demostrativa de la existencia de un riesgo para la salud humana y para el medio ambiente, y que ante la mera posibilidad de existencia de riesgo grave e irreversible a tales derechos humanos no resultaba posible permanecer impasibles. Propugnaba así la aplicación del principio de precaución del derecho ambiental. Este principio, receptado en el art. 4 [Ver Texto](#) , ley 25675 (LA 2002-D-4836), dispone que cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente (14) .

Cuando está vigente la normativa, y en tanto no sea declarada inconstitucional o suspendida cautelarmente, debería ser cumplida por las prestadoras, quienes, en su caso, podrían verse obligadas a desmantelar, clausurar o reubicar las ESA. Ante esta situación cabe preguntarse si dichas normas -en aquellos casos en que modifican el statu quo normativo existente- generan o no la obligación al Estado local de indemnizar a la empresa titular de las ESA cuando, con motivo de estas nuevas normas, se ve obligada a clausurarlas o reubicarlas a pesar de haberlas montado con las autorizaciones o habilitaciones legalmente requeridas.

¿Quién debe afrontar el perjuicio patrimonial causado por la clausura, desmantelamiento y reubicación de la ESA?

Estos interrogantes nos llevan a analizar las características de la denominada responsabilidad del Estado por acto lícito y, dentro de ésta, la específica y de reconocimiento restrictivo responsabilidad del Estado por acto legislativo.

Pero previo a ello es pertinente hacer un breve repaso del problema de la competencia para reglar las telecomunicaciones en general, y el servicio de telefonía móvil en particular, haciendo especial hincapié en la regulación de las ESA.

II. COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN: ¿FEDERAL O LOCAL?

Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia sobre que las telecomunicaciones son de jurisdicción federal [\(15\)](#) . La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en ese sentido [\(16\)](#) , antes y después de la privatización de estos servicios. El máximo tribunal ha fundamentado la naturaleza federal de las comunicaciones interprovinciales en las cláusulas constitucionales del comercio (art. 75 [Ver Texto](#) , inc. 13), del progreso (art. 75 [Ver Texto](#) , inc. 18) y en aquella que faculta al Congreso a reglar el sistema de postas y correos (art. 75 [Ver Texto](#) , inc. 14) [\(17\)](#) .

Específicamente en lo referente al servicio de telefonía celular, la Corte también ha tomado posición a favor de la competencia de los tribunales federales. Así, en una acción de amparo iniciada con el objeto de que se ordenara a una empresa de telefonía celular abstenerse de instalar una ESA en un predio vecino al domicilio de la accionante, remitiéndose al dictamen del fiscal, sostuvo que debía entender la justicia federal, pues "los actos de particulares cuya cesación se persigue afectan la prestación del servicio de telecomunicaciones y conciernen al destino de utilidad nacional que la empresa mencionada está destinada a servir", señalando, más adelante, que se afectarían intereses que exceden los encomendados a los tribunales provinciales si se viera comprometido ese servicio empleado a nivel interprovincial o internacional [\(18\)](#) .

Ahora bien, cabe hacer una distinción. Sin perjuicio de la contundencia de estos fallos de la Corte Suprema, consideramos que en el caso de las ESA la competencia federal es de aplicación compleja. Es que existe una evidente diferencia entre el servicio propiamente dicho (asociado a la antena irradiante) y la ESA, que es la obra civil, generalmente de gran porte, que se emplaza a fin de lograr cierta altura y firmeza para la instalación posterior de la antena irradiante. Esta antena, que se instala sobre la ESA, es el elemento técnico -de tamaño reducido- que cumple la función de irradiar la comunicación hacia el móvil y de tomar la radiación que éste emite, cursando así las comunicaciones.

Pues bien, entendemos que mientras que el servicio es de competencia netamente federal, a las autoridades locales les corresponde regular las cuestiones relacionadas con la ubicación de las ESA, aunque con la limitación antes resaltada de no afectar la prestación del servicio.

Esto puede verse corroborado por la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa "Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús s/acción meramente declarativa" [Ver Texto \(19\)](#) , en la que se diferenció entre el poder de policía federal respecto de los aspectos funcionales y técnicos del servicio al que están destinadas las instalaciones telefónicas y el poder de policía sobre aspectos relacionados con la seguridad, de competencia fuertemente municipal. Con cita de Joaquín V. González, el tribunal sostuvo que el régimen municipal que los constituyentes reconocieron como base de las organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial consiste en la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecten directamente a la Nación en su conjunto y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene y moralidad de la comuna, y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas.

En este mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo que "el principio general es que las cuestiones referidas a las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a jurisdicción nacional, pues constituyen ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país. Pero en el caso no se justifica dicha intervención, toda vez que el cuestionamiento realizado se circunscribe a la `ubicación' que van a tener las antenas de telefonía dentro del territorio municipal, sin que ello ponga en juego la prestación del servicio de telecomunicaciones" [\(20\)](#) .

Por su parte, la C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As. en un reciente fallo concluyó que la Ciudad se encontraba plenamente facultada para el dictado de normas y para ejercer el pertinente control sobre la materia, sin que ello implique interferencia alguna en la prestación del servicio de telefonía [\(21\)](#) .

Entendemos que la jurisdicción local es procedente siempre y cuando no se afecte la prestación del servicio. El punto central sería entonces determinar cuándo existe esa afectación, o, en todo caso, establecer la intensidad en que esta afectación pasaría a ser ilegítima.

Pero la cuestión planteada reviste cierta dificultad, pues la antena y la ESA conforman una unidad técnica inseparable (una sin la otra resultan inútiles para su propósito último, que es cursar comunicaciones), razón por la cual la competencia municipal no puede ser plena. Cualquier reglamentación que a nivel local se adopte con relación a las ESA necesariamente influirá sobre la antena y, en consecuencia, sobre la misma prestación del servicio de telefonía móvil.

En nuestra opinión, no caben dudas sobre la competencia principal del municipio sobre toda obra civil que se construya dentro de su ejido urbano, pero en el caso de las ESA esta potestad se encuentra limitada por las relaciones de coordinación, cooperación y colaboración con la Nación y el principio de prevalencia federal. Este principio de prevalencia federal sería aplicable en estos casos en forma atenuada: la autoridad local no puede en forma irracional o arbitraria impedir la instalación de ESA, pues ello afectaría la normativa federal que impone la prestación del servicio de telecomunicaciones para todo el territorio nacional.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LÍCITO

a) El reconocimiento de la responsabilidad del Estado en nuestro país

Previo a ingresar en el análisis de la responsabilidad del Estado por acto lícito consideramos pertinente hacer un breve repaso de los antecedentes de la responsabilidad del Estado.

La obligación del Estado de responder cuando bajo ciertas circunstancias provoca daños a los particulares, si bien se deriva de los más elementales principios del Estado de Derecho, en realidad, es fruto de una lenta evolución que tuvo que superar primero el dogma proveniente del derecho anglosajón [\(22\)](#) según el cual "The king can do no wrong", que no fue modificado sustancialmente por las ideas provenientes de la Revolución Francesa (que sólo sustituyó la soberanía del rey por la soberanía del pueblo) [\(23\)](#) . Según García de Enterría y Fernández [\(24\)](#) , la ruptura de estos principios provino por vía legislativa en los ordenamientos anglosajones y por vía jurisprudencial en Alemania y Francia. En este último grupo podríamos incluir también a nuestro país, en el que si bien ya en el año 1859 regía una ley [\(25\)](#) que preveía la posibilidad de que el Estado tuviera que responder por la actividad (tanto lícita como ilícita) de sus funcionarios, lo cierto es que toda la construcción jurídica elaborada en torno a la responsabilidad estatal procede de una elaboración jurisprudencial, no existiendo una legislación que se ocupe del problema en forma general [\(26\)](#) .

Puede decirse que el reconocimiento de la responsabilidad del Estado extracontractual por acto ilícito en nuestro país se produce con el dictado, por parte de la Corte Sup., de "Devoto, Tomás" [Ver Texto \(27\)](#) , en el cual se admitió que el Estado debía responder por los daños provocados en un campo a raíz de un incendio iniciado por culpa o negligencia de los empleados de la empresa estatal de telégrafos. Los miembros del tribunal citaron, como fundamento de su decisión, los arts. 1109 [Ver Texto](#) y 1113 [Ver Texto](#) , CCiv., lo que fue criticado por la doctrina con el argumento de que estas normas eran inaplicables al derecho administrativo, que el fallo admitía la responsabilidad pero de manera indirecta y que el factor de atribución no debía ser la culpa sino la falta de servicio [\(28\)](#) .

En "Ferrocarril Oeste" [\(29\)](#) se produce un giro jurisprudencial, ya que para admitir la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por un error del Registro de la Propiedad del Inmueble provincial, la Corte hizo aplicación de los arts. 1112 [Ver Texto](#) y

1113 [Ver Texto](#) , CCiv., manteniendo así la tesis de la responsabilidad indirecta [\(30\)](#) , pero incluyendo como novedad la cita del art. 1112 [Ver Texto](#) mencionado [\(31\)](#) y haciendo referencia al principio según el cual quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr el fin para el que ha sido establecido.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por acto ilícito, tal como la conocemos en la actualidad, termina de asentarse con el dictado de "Vadell" [\(32\)](#) , en el cual, también relacionado con errores registrales, el máximo tribunal de la Nación dejó de apoyarse en los arts. 1109 [Ver Texto](#) y 1113 [Ver Texto](#) , CCiv., sustentando su decisión exclusivamente en el arts. 1112 [Ver Texto](#) [\(33\)](#) , lo que significó desplazar la culpa como factor de atribución, siendo suficiente con acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor objetivo que permita atribuir la responsabilidad [\(34\)](#) .

Por su parte, el reconocimiento de la responsabilidad por actividad lícita del Estado no está plenamente consolidado [\(35\)](#) , aunque los primeros antecedentes que pueden citarse en nuestro país datan de la misma época en que fueron dictados los fallos antes mencionados referidos a la responsabilidad por actividad ilícita.

Al respecto, se ha dicho que son coincidentes las decisiones de la Corte Suprema que consagran la reparación de las consecuencias dañosas derivadas de la ejecución de obras lícitas emprendidas por el Estado que afecten el patrimonio de terceros [\(36\)](#) , siendo principio de derecho administrativo que los daños provocados por la actividad legítima de la Administración, bajo ciertas condiciones que impongan un sacrificio especial al particular, generan el derecho al resarcimiento [\(37\)](#) . Según Cassagne, el reconocimiento de esta responsabilidad ha reflejado uno de los más grandes avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues de la total irresponsabilidad se ha pasado a la aceptación generalizada de su procedencia cuando se presentan los requisitos necesarios para su configuración [\(38\)](#) .

Si bien la Corte se ha pronunciado en diversos antecedentes con relación a esta clase de responsabilidad, Cassagne señala que la jurisprudencia quedó afirmada especialmente a partir de "Laplacette" [\(39\)](#) , que basó la responsabilidad del Estado por su actividad legítima en los arts. 17 [Ver Texto](#) y 18 [Ver Texto](#) , CN. (LA 1995-A-26), y "Tejedurías Magallanes" [\(40\)](#) , en el cual la Corte aplicó conjuntamente el principio de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 [Ver Texto](#) , CN.) y la garantía de la propiedad (art. 17 [Ver Texto](#) , CN.).

Por último, en un reciente fallo la Corte sostuvo que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito [\(41\)](#) .

Diversas teorías han sido expuestas como fundamento de la responsabilidad del Estado por acto lícito. Así, se ha dicho que la misma se basa en el enriquecimiento sin causa en que incurre el Estado a costa del particular al llevar a cabo los actos lícitos, aunque no se tiene en cuenta que existen supuestos de actos lícitos que no enriquecen al Estado (o a la comunidad) sino que sólo provocan una "ventaja social", y supuestos en los que si bien el Estado se enriquece, no debe indemnizar (es el caso del uso de la potestad impositiva).

También se ha señalado que es la garantía de la igualdad ante las cargas públicas la que fundamenta esta responsabilidad. Cuando se impone un sacrificio especial que excede la medida de los que corresponde normalmente soportar, el particular que padece el daño se encuentra en una situación de desigualdad respecto de quienes no lo soportan y, en consecuencia, posee el derecho a ser indemnizado a fin de establecer el equilibrio patrimonial a que conduce el principio de igualdad [\(42\)](#) .

Comadira, por su parte, entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita radica en las garantías constitucionales de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad conjuntamente consideradas (arts. 14 [Ver Texto](#) , 17 [Ver Texto](#) , 16 [Ver Texto](#) , 19 [Ver Texto](#) y 28 [Ver Texto](#)) [\(43\)](#) .

Hay quienes fundamentan esta obligación de responder sobre la base de la llamada "teoría de la indemnización", que propone una diferencia entre la responsabilidad estatal y la indemnización que debe el Estado cuando con motivo de su actividad lícita produce el sacrificio de derechos individuales excediendo el límite que todo ciudadano debe soportar (44) . En tales supuestos el derecho dañado o suprimido es sustituido por una indemnización, existiendo por lo tanto una conversión legal; las intromisiones lícitas a la propiedad que la supriman o la dañen deben ser indemnizadas, aplicándose los principios de la expropiación.

En cuanto a los requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es posible extraer que deben concurrir los siguientes: a) existencia de un daño cierto; b) relación de causalidad entre el accionar estatal y el perjuicio; c) posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado; d) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; y e) existencia de un sacrificio especial en el afectado (45) . Haremos una breve mención de estos requisitos al analizar si se configuran en el caso que estudiamos.

b) La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa

La responsabilidad del Estado por actividad legítima se divide en, por un lado, la emergente de la actividad administrativa y, por otro, la que proviene de la actividad legislativa o normativa (46) (la que nos interesa en este trabajo).

La responsabilidad del Estado "legislador" es una de las últimas en aparecer, lo que resulta paradójico debido a que en nuestro país tiene recepción constitucional (47) .

El Estado al legislar puede ocasionar daños a los particulares, que bajo ciertas condiciones deben ser indemnizados. Yendo a nuestro caso: las normas que obligan a una empresa de telefonía celular a desmantelar una ESA podrían generarle perjuicios económicos. Si la estructura fue instalada con la correspondiente autorización y de acuerdo con la normativa vigente, no existiría razón alguna que justifique que el perjuicio que provoca la norma sea sufrido exclusivamente por la prestadora del servicio. Sin embargo, la cuestión sobre la responsabilidad del Estado en estos casos no resulta tan clara como puede parecer, y la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación ha sido reacia a reconocerla.

Es importante reiterar que no hay ley que regule esta materia: todo lo referido a esta clase de responsabilidad -como sucede frecuentemente en el derecho público- es creación jurisprudencial.

Según Bianchi, los antecedentes que reconocen la responsabilidad del Estado al legislar en la Argentina se remontan al año 1909, cuando la Corte Sup. insinuó en "Ferrocarril de Buenos Aires" un criterio semejante al esbozado por el Consejo de Estado francés en "Le Fleurette" (48) , al reconocerse el derecho a recibir una indemnización por parte de una concesionaria ferroviaria por los perjuicios sufridos por un decreto que ordenó el levantamiento de una vía férrea (49) .

Los tribunales, como vimos, han sido reticentes a reconocer esta clase de responsabilidad repitiendo que el ejercicio razonable por el Estado de sus propios poderes no puede en principio ser fuente de indemnización. En ese sentido, ya en "Establecimientos Americanos Gratry S.A." (50) , de 1938, la Corte Suprema sostuvo que el ejercicio de un poder legal como lo es el de crear impuestos o modificar los existentes puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, bajo pena de detener la actividad gubernamental en consideración de una garantía (la de la propiedad privada), que no puede interpretarse con esa extensión.

La Corte en este fallo expuso también la "doctrina del sacrificio especial" -sobre la que volveremos más adelante-, que ha pasado a ser, desde nuestro punto de vista, el requisito más importante para lograr la reparación del perjuicio sufrido y, en muchos casos, el más difícil de precisar y aplicar en la práctica.

Con posterioridad, en "Piria v. Provincia de Buenos Aires" [Ver Texto \(51\)](#) y "Laplacette" [Ver Texto \(52\)](#) , el tribunal hizo especial hincapié en el respeto al derecho de propiedad individual afectado por razones de interés público [\(53\)](#) .

Ampliando tales conceptos, en "Corporación Inversora Los Pinos" [\(54\)](#) se reconoció la obligación del Estado de indemnizar a la actora haciendo referencia al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 [Ver Texto](#) , CN. e indicando que el sacrificio impuesto a un particular en beneficio de la comunidad no debe ser soportado únicamente por ese particular, pues de lo contrario se produciría una violación al principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 [Ver Texto](#) , Carta Magna. En la misma línea fueron resueltos "Cantón v. Gobierno Nacional" [\(55\)](#) y "Winkler" [Ver Texto \(56\)](#) . En este último caso se indicó que si bien el ejercicio razonable de los poderes del Estado no puede, en principio, ser fuente de indemnización a terceros, el fundamento de la responsabilidad estatal es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad.

Finalizamos esta apretada mención de los fallos más importantes sobre la cuestión de la responsabilidad del Estado por actos legislativos haciendo referencia al conocido caso "Motor Once" [Ver Texto \(57\)](#) , en el cual se reclamaba una indemnización por los daños provocados por una ordenanza municipal que modificó el régimen vigente prohibiendo las estaciones de servicio en la planta baja de edificios de viviendas -lo que obligó a la empresa a cerrar la estación de servicio de su propiedad-. La Corte entendió: a) que el obrar del municipio había sido lícito; b) que la actora tenía derecho a reclamar pues tenía un derecho subjetivo; y c) que la indemnización debía regirse por el art. 17 [Ver Texto](#) , CN. [\(58\)](#) .

Por último, es preciso hacer una breve mención a la discusión existente con relación a la previsión o no por parte de la norma que provoca el daño al particular del derecho de éste a percibir una indemnización por ello. Los autores han distinguido tres supuestos: a) que la misma norma reconozca el derecho del particular a recibir una indemnización; b) que la norma nada disponga al respecto; y c) que la norma expresamente establezca que tal indemnización no corresponde.

La cuestión no ofrece mayores dificultades en el primer caso, pues los jueces sólo deberían limitarse a aplicar la norma tal como fuera dictada [\(59\)](#) . Los inconvenientes aparecen al analizar los dos restantes casos.

En el segundo la procedencia de una indemnización dependerá de que el caso concreto permita la aplicación de alguno de los principios ya vistos [\(60\)](#) . En este caso es necesario plantearse si el legislador ha incurrido en una arbitrariedad al no otorgar tal indemnización a aquel a quien se le causa un perjuicio. En opinión contraria a lo que sostenía Bielsa -en cuanto a que el legislador nunca puede obrar arbitrariamente-, se ha dicho que el "acto arbitrario" del Poder Legislativo que causa un daño contra un derecho garantizado por la Ley Suprema impone una indemnización [\(61\)](#) .

En el tercer supuesto, es decir, en aquel caso en que la ley niegue todo resarcimiento a los administrados, el damnificado no sólo deberá gestionar el otorgamiento de la indemnización sino también -y como cuestión previa- la declaración de que la ley agravia algún principio constitucional [\(62\)](#) . Así, la norma que dispone que no corresponde una indemnización podrá ser declarada inconstitucional.

IV. ¿CORRESPONDE INDEMNIZAR A LAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE TELEFONÍA CELULAR POR LOS PERJUICIOS PROVOCADOS POR LAS NORMAS QUE ORDENAN EL DESMANTELAMIENTO DE LAS ESA?

a) Carácter de la ordenanza municipal

Las normas que -en general- ordenan a las prestadoras del servicio de telefonía celular a dismantelar ESA son ordenanzas municipales, por tanto cabe preguntarse si éstas tienen o no carácter legislativo.

Puede encontrarse la respuesta a este interrogante en "Promenade S.R.L. v. Municipalidad de San Isidro" [Ver Texto \(63\)](#) , en el cual el máximo tribunal, haciendo suyas las consideraciones y conclusiones del dictamen de la procuradora fiscal, sostuvo que el principio de la inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales no se aplicaba a los actos normativos de sustancia legislativa, como lo son las ordenanzas municipales. En aquel dictamen se hizo referencia también a lo expresado por la Corte en "Rivademar v. Municipalidad de Rosario" [\(64\)](#) , en cuanto al carácter de legislación local de las ordenanzas municipales.

Si la Constitución Nacional garantiza la autonomía de los municipios y la organización de éstos debe seguir los principios que surgen de la Carta Magna, cuando las normas provinciales prevén que las autoridades de éstos estarán conformadas por un intendente y por un Concejo Deliberante [\(65\)](#) , están indicando que el primero tiene funciones ejecutivas y el segundo, legislativas. Por lo tanto, las normas dictadas por el Concejo (ordenanza) son de carácter legislativo [\(66\)](#) .

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que la jurisprudencia y la doctrina a efectos del estudio de la responsabilidad del Estado "legislador" no suelen hacer distinciones entre las normas dictadas por los órganos ejecutivos y las dictadas por los Poderes Legislativos.

Habiendo tomado partido por la posición que indica que las ordenanzas municipales tienen contenido legislativo, corresponde ahora verificar si en el caso que estudiamos se dan los requisitos exigidos para tener por configurada la responsabilidad del Estado.

b) Los requisitos exigidos y su configuración en el caso

Como hemos visto, la responsabilidad del Estado por acto legislativo se genera cuando el acto legítimo impone un sacrificio especial a un particular en beneficio de la comunidad en general. Sin embargo, para la procedencia de un eventual reclamo contra el Estado por el daño infligido al particular, en cada caso debe analizarse si se configuran los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen.

Bianchi menciona como requisitos comunes a los otros tipos de responsabilidad: i) la existencia de un daño cierto y efectivo; ii) la relación de causalidad entre el obrar estatal y la producción del perjuicio; iii) la imputabilidad del daño al Estado; y iv) la ausencia del deber jurídico de soportar el daño. A ellos agrega, ya referidos a este tipo de responsabilidad en particular, dos requisitos relativos a la ley que produce el daño, que son: v) la validez de la ley en sí; y vi) la naturaleza de la conducta que la ley intenta modificar o regular; y dos requisitos más con relación al perjuicio: vii) el sacrificio especial; y viii) que el perjuicio sufrido por el particular sea en beneficio de toda la comunidad [\(67\)](#) .

Analizaremos a continuación si en el caso estudiado se configuran o no estos requisitos.

1.- Existencia de un daño cierto y efectivo

El daño puede ser actual o futuro, pero debe ser cierto. Debe también hallarse individualizado y tratarse de un perjuicio apreciable en dinero [\(68\)](#) . La generalidad de la doctrina, sostiene Marienhoff, excluye el daño eventual, contingente, pero acepta el resarcimiento del daño futuro pero de inevitable producción [\(69\)](#) .

La configuración de este requisito en el caso que estudiamos es clara. La empresa de telefonía celular, al instalar una ESA, realiza una inversión para expandir el servicio. Y si tal inversión la efectúa al amparo de una habilitación que la ha autorizado a instalar la estructura en determinado lugar, tiene un derecho adquirido sobre esa instalación.

Si una ordenanza municipal manda el desmantelamiento de la ESA, el perjuicio que se provocaría a la empresa sería evidente, pues quedaría sin sentido alguno la inversión realizada. Finalmente, el daño sería mayor si los clientes no pudieran establecer comunicaciones en el área que esa antena cubría (lo que no sólo disminuiría la facturación de la empresa, sino que también podría acarrear sanciones del ente regulador, siempre que

aquella merma en la calidad del servicio violara los estándares mínimos de calidad contenidos en los pliegos (nota)<FD 20081661 [70]>).

Cabe mencionar que los operadores de telefonía móvil no sólo tienen la obligación de extender sus redes sino que incluso tienen derecho a ello, con fundamento no sólo en el derecho de ejercer el comercio (art. 14 [Ver Texto](#) , CN.) sino también, y principalmente, en algunas claras disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones ([71](#)) , el decreto 764/2000 [Ver Texto](#) ([72](#)) , el interés público involucrado en la expansión de las redes de telecomunicaciones ([73](#)) y las obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los pliegos - cobertura y calidad del servicio-.

2.- Relación de causalidad entre el obrar estatal y la producción del perjuicio

No cualquier turbación es susceptible de generar la obligación de resarcir, sino que el daño debe encontrarse en relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Para que una responsabilidad pueda ser declarada y atribuida a una persona como sujeto pasible del deber resarcitorio no es suficiente que se haya probado la existencia de un daño y también la existencia de un hecho ilícito imputable a una persona, o dotado por la ley de la calidad suficiente para constituir un factor atributivo de responsabilidad a una persona. Faltaría aún que este hecho aparezca como habiendo sido la causa del daño, pues es evidente que esta exigencia es condición indispensable para que el perjuicio le sea atribuido a la persona en cuyo ámbito o actuación o autoridad éste se produjo ([74](#)) .

Para que un hecho merezca ser considerado causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo (causalidad adecuada), y deben excluirse los hechos que con toda evidencia no han tenido poder determinante en la producción del daño final, lo que lleva al análisis de la causa extraña, es decir, al de aquellos supuestos en que el nexo de causalidad queda roto al interferir, entre otros, la propia conducta de la víctima ([75](#)) .

En nuestro caso, de no existir la ordenanza que obliga al prestador a dismantelar la ESA instalada con las autorizaciones correspondientes, el daño no se produciría. Es decir que no puede haber duda de que la ordenanza es causa única y directa del perjuicio. Incluso para los autores que sostienen que la causa debe ser, además, "exclusiva" ([76](#)) , entendemos que en el caso se da el carácter de exclusividad requerido, pues no existen otras causas que sean idóneas para causar el perjuicio o que concurren para que ello ocurra.

La norma es la única y directa causa de tal daño. La lesión al derecho de propiedad es consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado ([77](#)) .

3.- Imputabilidad del daño al Estado

En general, es el Concejo Deliberante el que dicta las normas referidas a la ubicación de las ESA dentro del territorio de cada municipio. Este departamento forma parte del gobierno del municipio correspondiente, es un órgano de ese gobierno local, y, por lo tanto, los actos que emita en ejercicio de sus funciones son actos del municipio mismo.

Recordamos, con relación a este requisito, que los daños producidos deben serle jurídicamente imputables al Estado ([78](#)) . En este sentido, la atribuidad de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, es decir, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquél y no representantes ni mandatarios. El órgano imputa, así, su actuación al Estado ([79](#)) .

4.- Ausencia del deber jurídico de soportar el daño

Enseña Comadira que si bien este requisito aparece en la causa "Columbia" [Ver Texto](#) ([80](#)) , su inclusión implica un error conceptual, pues, en realidad, el concepto que debe ser aprehendido es el de la obligación de soportar o no "la conducta dañosa". En el caso de la responsabilidad por actividad lícita correspondería enunciar, para este autor, la obligación de soportar esa conducta ([81](#)) .

En el mencionado fallo la Corte hizo referencia a este requisito con relación a una situación que se configuraba "bajo un sistema especial en el que es necesario aceptar el riesgo que tal situación importa" (82), pues la accionante era una financiera que demandaba por el daño producido por el reemplazo de los índices de corrección de préstamos de capitales ajustables. Entendemos que tal circunstancia no se da en el caso que analizamos.

Es que una ordenanza local que manda el desmantelamiento de una ESA legalmente instalada no forma parte del "riesgo" asumido por la empresa. En efecto, es distinto este caso de aquel en que el Estado modifica ciertos aspectos de la regulación para mejorar la prestación del servicio.

Es posible sostener que el prestador tiene la obligación de soportar la "conducta dañosa" (en nuestro caso, cumplir la orden de desmantelar sus instalaciones), mas tal deber no incluye el de hacerse cargo de los costos que el cumplimiento implica y soportar los daños que podría traer aparejados para la prestación del servicio. Es decir, debe cumplir la norma, pero no tiene por qué soportar los daños que la misma le irroga.

5.- Validez de la ley

Tal como sostuviéramos anteriormente, en el caso de que la norma fuera inconstitucional nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad por actividad ilícita (83). El ámbito natural de la responsabilidad por acto legislativo es el de las leyes cuya validez ha sido judicialmente mantenida (84). Por lo tanto, a efectos del análisis que venimos realizando, damos por sentado que la norma que genera la obligación de desmantelar una ESA es legítima.

6.- Naturaleza de la conducta que la ley intenta modificar o regular

Si la conducta objeto de la ley es lícita o lo ha sido bajo el ordenamiento jurídico que le dio nacimiento, luego modificado por la ley contra la cual se reclama indemnización, existe el deber jurídico de reparar. Sólo quien ha obrado conforme a derecho tiene legitimación para pedir un resarcimiento (85).

Esto es lo que ocurre en nuestro caso, pues, como dijimos, el supuesto estudiado es aquel en que el prestador del servicio de telefonía celular montó la ESA contando con las autorizaciones y habilitaciones que correspondían al momento de hacer las obras. Nos encontramos, entonces, ante una situación en la cual la conducta que la nueva ordenanza intentaría revertir (la instalación de las ESA en determinados lugares), al momento de su realización, era perfectamente lícita y había sido permitida por la autoridad local.

Con respecto a la emisión de frecuencias, cabe recordar que la Corte Suprema ha dicho que "nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria", y que "la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos" (86).

No obstante, debe tenerse presente que si bien -como vimos- existen opiniones que sostienen que las radiaciones que emanan de las antenas de telefonía celular podrían ser perjudiciales para la salud de las personas, lo cierto es que no existe certeza al respecto. Además, hay consenso en que dentro de ciertos límites dicha radiación es inocua. Es por ello que las autoridades federales competentes han dictado las normas que establecen esos límites.

Por tanto, si se analiza la "licitud" (87) de la actividad de emisión de frecuencias, se concluye que la prestación del servicio y la emisión de radiaciones no ionizantes dentro del máximo

legal son indudablemente actividades lícitas, por estar expresamente permitidas -licenciadas- por el Estado Nacional.

7.- Sacrificio especial

Comadira indica que este requisito se vincula con la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas, habida cuenta de que con la singularidad o particularidad del daño se comprometería esa igualdad si éste no se generalizara a través de la indemnización. Este autor señala que este recaudo debería referir a la razonabilidad del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad [\(88\)](#) .

Bianchi, por su parte, sostiene que el punto neurálgico de la responsabilidad que estudiamos pasa por la doctrina del sacrificio especial, e indica que se requiere un sacrificio calificado (no alcanzando con que exista una simple lesión patrimonial), que se debe demostrar que el damnificado se halla en una posición especial que lo coloca en una posición de desigualdad violatoria del art. 16 [Ver Texto](#) , CN.

La cuestión, para este autor, no genera problemas cuando el damnificado es uno o unos pocos (como en nuestro caso). Pero, señala, la lesión debe afectar una situación jurídicamente protegida, que existe en la medida en que la comunidad de afectados sea suficientemente reducida como para que el resto pueda soportar el costo económico de la indemnización [\(89\)](#) .

En cambio, es conocida la posición de Marienhoff con relación a este recaudo, al que tacha de inadmisibles, sosteniendo que el Estado debe responder por los daños que una ley inconstitucional provoque, aunque los mismos sean generales o universales [\(90\)](#) .

Más allá de esta opinión, la Corte tiene dicho que la especialidad del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio desigual y desproporcionado respecto del conjunto social, es decir que el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afección irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad [\(91\)](#) .

Según la Corte este recaudo se configura cuando se dan las siguientes condiciones: i) un daño suficientemente calificado que supere el mero y simple perjuicio; ii) una situación fáctica de clara diferenciación con el perjuicio colectivo y general; iii) que el sacrificio sea correlato directo de un beneficio general para la sociedad; y iv) una limitada repercusión cuantitativa y cualitativa [\(92\)](#) .

Entendemos que es el caso que nos ocupa: si existe una ESA instalada de acuerdo con la normativa vigente (o sin normas sobre el tema) y con habilitación otorgada, y una norma posterior ocasiona su traslado en pos de razones urbanísticas o de salubridad, se está perjudicando a un particular (la empresa que debe trasladar su torre) en beneficio de la comunidad. Tengamos en cuenta que el sacrificio en este caso es especialísimo: la única perjudicada es la empresa de telefonía móvil.

8.- El perjuicio sufrido por el particular es en beneficio de toda la comunidad

Es indudable que las normas locales que por razones de impacto ambiental o zonificación, o por la supuesta afectación de la salud que provocarían las radiaciones emitidas por las antenas, disponen el desmantelamiento de las ESA tienen como objetivo el beneficio de toda la comunidad.

c) Similitud del caso planteado con antecedentes de la Corte Suprema

La Corte Suprema ha reconocido la responsabilidad del Estado por actividad lícita en numerosos precedentes, pero con distintos fundamentos.

En el caso "Motor Once" [Ver Texto \(93\)](#) se hizo lugar a la acción planteada por el actor, fundando la responsabilidad del Estado en la teoría del sacrificio especial (pto. IV del dictamen del procurador general de la Nación, luego compartido por el voto mayoritario). Recordamos que en este caso la propietaria de un inmueble en el que funcionaba un edificio y una estación de servicio con la correspondiente autorización municipal reclamó la nulidad de la ordenanza municipal que prohibió destinar a vivienda las construcciones que se encontraban en la planta alta de estaciones de expendio de combustibles, de la orden de cese de venta de combustibles emitida por la comuna, y una indemnización por los daños provocados.

Por su parte, en "Corporación Inversora Los Pinos", caso en el cual la sociedad actora reclamaba los daños y perjuicios derivados de la revocación del permiso por el cual resultó habilitada para explotar, como albergue por horas, un hotel alojamiento de su propiedad, la Corte sustentó su decisión de responsabilizar al Estado en la garantía de la igualdad ante las cargas públicas prevista en el art. 16 [Ver Texto](#) , CN.

En estos casos se trataba de normas legítimas que, basadas en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, limitaron derechos constitucionales de un particular en beneficio de la comunidad. O dicho en palabras de la Corte Suprema, "es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir -a través de él- finalidades de interés general o colectivo" [\(94\)](#) .

V. SOBRE EL ALCANCE DE LA EVENTUAL REPARACIÓN

La Corte Suprema, desde nuestro punto de vista, no ha establecido pautas que permitan tener por cierta una determinada solución.

La indemnización en el caso de responsabilidad por actividad ilícita debe ser integral: comprende todos los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) que deriven de una consecuencia tanto inmediata como mediata, así como el daño moral si fuera procedente [\(95\)](#) . La cuestión, en cambio, no es tan clara cuando se trata de la responsabilidad por actividad legítima.

El art. 18 [Ver Texto](#) , LNPA. (ALJA 1972-A-382) establece que el acto administrativo "podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados". Sin embargo, como puede verse, no establece la extensión de la indemnización.

El hecho de que no existan normas que regulen el alcance de la reparación para casos de responsabilidad del Estado por actividad lícita ha generado discusiones doctrinarias y jurisprudenciales. Hay quienes entienden que la reparación debe ser integral y quienes propugnan una indemnización limitada al daño emergente, dejando de lado al lucro cesante.

Esta última posición se funda en la aplicación analógica [\(96\)](#) del art. 10 [Ver Texto](#) , Ley de Expropiaciones [\(97\)](#) , que limita la reparación al daño emergente, ya que: i) es la que guarda mayor semejanza por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege; y ii) tanto la expropiación como el régimen de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima se desenvuelven dentro del mismo ámbito de las "intromisiones estatales autorizadas", tienden a proteger la misma garantía constitucional y persiguen una finalidad típica de interés público.

Este enfoque ha tenido como principal promotor a Marienhoff, que expuso el carácter expansivo de la noción de expropiación por razones de interés público. Así, indicó que "lo que la Constitución establece respecto de indemnización en materia de expropiación implica un principio general del derecho, aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones de interés público" [\(98\)](#) . Comadira comparte esta opinión y concluye que tanto en el ámbito del derecho público como en la órbita del derecho privado la conducta legítima que origina daños no debe dar lugar a una reparación integral, sino acotada [\(99\)](#) .

Hemos visto que quienes propugnan la exclusión del lucro cesante utilizan para sustentar su posición la analogía con la Ley de Expropiaciones, ampliando el espectro de la comparación, al decir que la expropiación y la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia se encuentran dentro de las "intromisiones estatales autorizadas al derecho de propiedad". De esta forma expanden el ámbito del cotejo que deriva en analogía, facilitando que ésta se produzca.

Por su parte, para apoyar la procedencia del lucro cesante el proceso es el inverso: se restringe el espectro de comparación analizándose minuciosamente la naturaleza jurídica de los institutos que se confrontan, en busca de las diferencias [\(100\)](#) .

Consecuentemente, se dice que no procede resarcir el lucro cesante sobre la base de una extensión analógica de la Ley de Expropiaciones debido a que, a diferencia de la revocación por oportunidad, la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad, en cuya puesta en marcha intervienen los tres poderes del Estado: el Congreso, que califica la utilidad pública, la Administración, que lleva a cabo el trámite material, y el Poder Judicial, que fija el quantum de la indemnización. La Constitución Nacional ha otorgado, teniendo en cuenta la magnitud del derecho de propiedad, las máximas garantías al administrado en cuanto a la tutela de este derecho, poniendo en marcha para la expropiación el complejo mecanismo en el que juegan los tres poderes. Por el contrario, la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia es un acto unilateral de la Administración, sin intervención de los restantes poderes, por lo que disminuyen en forma evidente la tutela y la seguridad de los derechos del administrado.

Otro razonamiento para repudiar la analogía con la expropiación es el que considera que ésta no parece conveniente ya que el término de comparación (la Ley de Expropiaciones) importa una solución de excepción al principio general de la reparación integral [\(101\)](#) . Bianchi, en ese sentido, expone que el principio es el de la reparación integral, no debiéndose distinguir entre el derecho privado y el derecho público, ya que la Constitución es una sola para todos. De todas formas, admite que el lucro cesante debe aceptarse como regla pero tiene que ser el juez quien decida en cada caso concreto si lo reconoce o no, y la medida del resarcimiento [\(102\)](#) .

Luego de evadir con los mencionados fundamentos la aplicación de la Ley de Expropiaciones, el paso siguiente en esta línea argumental es la adopción del principio civilista de la integridad de la reparación. A favor de dicho principio, se ha dicho que el daño integra la pérdida efectivamente sufrida tanto por el accionar del agente dañador (daño emergente) como por la ganancia frustrada por el mencionado accionar (lucro cesante). El lucro cesante es una forma de empobrecimiento o menoscabo patrimonial que consiste en la utilidad que haya dejado de percibir el agente dañado, habiendo tenido derecho a ella. La Corte ha establecido que el lucro cesante no se refiere a la mera probabilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor, sino que está conformado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas [\(103\)](#) .

La reparación plena, entonces, sólo podría encontrar obstáculos en razones de fuerza mayor, en un marco contractual vinculante o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso particular (recuérdese que la Ley de Expropiaciones ha sido relegada). Si no se configura uno de estos tres supuestos, deberá resarcirse en forma integral [\(104\)](#) .

En cuanto a la evolución jurisprudencial sobre la extensión de la reparación, podemos mencionar que en 1975, en "Corporación Inversora Los Pinos" [\(105\)](#) , la Corte rechazó el reclamo de lucro cesante, debido a que el sacrificio del particular se hizo "en el interés público", y a que "el patrimonio de la Administración no ha sido incrementado" [\(106\)](#) . En 1979, en "Canton" [\(107\)](#) , la Corte aplicó analógicamente la Ley de Expropiaciones para rechazar el rubro lucro cesante. Pero más adelante, en "Sánchez Granel, Eduardo" [\(108\)](#) , hizo lugar al pedido de indemnización de este rubro desestimando la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones y adoptando el principio de la integridad de la reparación.

Sin embargo, tiempo después, en 1989, en "Motor Once" [Ver Texto \(109\)](#) , el tribunal volvió a apoyarse en la Ley de Expropiaciones para rechazar el reclamo. Un año después, en

"Jucalán Forestal" [\(110\)](#) , nuevamente la Corte dio un vuelco en el tema y reconoció la indemnización por lucro cesante con base en el principio de la integridad de la reparación.

Esto se vio ratificado más recientemente en "El Jacarandá" [\(111\)](#) , en el que el máximo tribunal reconoció la reparación integral al establecer que no hay, como principio, fundamento para limitar el resarcimiento al daño emergente con exclusión del lucro cesante (esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas).

VI. CONCLUSIONES

La ubicación de las ESA en zonas pobladas ha sido durante los últimos años materia de abundante legislación por parte de las autoridades locales.

Los fundamentos de las normas que ordenan el desmantelamiento de las ESA se relacionan con: i) la supuesta afectación a la salud que provocarían las radiaciones emitidas por las antenas; ii) el impacto ambiental y la zonificación; y iii) el establecimiento de tributos sobre las ESA y las antenas.

En el caso de que por motivos de zonificación o urbanización, mediante el dictado de una de estas normas locales, se ordenara el desmantelamiento de una ESA legalmente instalada (es decir, con autorización definitiva), la empresa prestadora del servicio móvil podría reclamar que tanto los costos que tal traslado le genere como los perjuicios que sufra sean solventados por la comunidad.

Por su parte, en el caso de que la reubicación o el desmantelamiento se ordene alegando los supuestos efectos perjudiciales para la salud, si bien la cuestión en principio parece más compleja, la solución debería ser la misma, siempre y cuando la ESA, además de estar legalmente instalada, cumpla con la regulación nacional sobre emisiones.

Finalmente, cabe tener presente una cuestión fáctica. Para poder plantear en estos casos una acción de responsabilidad ante la orden de desmantelamiento de una ESA ésta debe contar con una autorización definitiva de instalación otorgada por el municipio. Teniendo en cuenta que el procedimiento que se sigue para el otorgamiento de esa autorización no es actividad reglada, su obtención y el plazo en que se emite quedarán a exclusivo criterio de la autoridad local, lo que en la práctica ha generado enormes demoras (de dos o tres lustros) en el dictado del acto de autorización, o, directamente, el silencio por parte de la autoridad [\(112\)](#) .

Por tal motivo las ESA suelen ser instaladas sin esta autorización definitiva, reduciéndose en consecuencia la cantidad de casos en que, de ordenarse el desmantelamiento de una ESA, los prestadores podrían demandar a los Estados locales en los términos aquí estudiados.

NOTAS:

[\(1\)](#) La ESA es la obra civil, generalmente de gran porte, que se emplaza a fin de lograr cierta altura y firmeza para la instalación posterior de la antena irradiante. La ya derogada resolución SC 1690/1999 definía a las ESA como "todo elemento específico que, desde el nivel del terreno o sobre una edificación existente, es instalado para sostener una antena de radiocomunicaciones a una altura determinada conforme a cálculos de radiopropagación a fin de cumplimentar objetivos establecidos" (art. 1.1 del Anexo A, resolución SC 1690/1999, derogada por la resolución 302/2002).

[\(2\)](#) Ver Russell, Esteban y Segura, Eliseo, "Sobre el derecho a la extensión de redes de telecomunicaciones y sus límites, con especial referencia a la telefonía móvil", JA 2005-III-1425 .

[\(3\)](#) Algunas consideraciones sobre el espectro pueden verse en Russell, Esteban y Orlanski, Leonardo, "Sobre la regulación del espectro radioeléctrico en la Argentina", LL Actualidad del 28/9/2005 - 5/10/2005.

(4) Mucho se ha escrito con relación a los supuestos efectos que, sobre la salud o el ambiente, provocarían las radiaciones que emiten las antenas de telefonía celular. Sin embargo, entendemos que aún no se ha logrado llegar a una conclusión científicamente contundente sobre el particular. Se ha dicho, al respecto, que estudios médicos indagan mediante diversos procedimientos los probables efectos de las radiaciones no ionizantes sobre la salud, pero las más de las veces las conclusiones no alcanzan una relación determinante, aunque estiman un aumento del riesgo (Rodríguez Salas, Aldo, "Contaminación electromagnética. Antenas de telecomunicaciones: el poder de policía local y la protección ambiental y de los usuarios", JA 2007-IV-1230, LNOL 0003/013496).

(5) A nivel provincial podemos citar las leyes 5490 [Ver Texto](#) de la provincia de Chubut, año 2006 (LA 2006-C-3907); 9055 [Ver Texto](#) , del año 2003, de la provincia de Córdoba; y 12362 [Ver Texto](#) , año 2004, de la provincia de Santa Fe (LA 2004-D-5964). En la provincia de Buenos Aires rige la resolución 900/2005 de la Secretaría de Política Ambiental.

(6) A modo de ejemplo puede citarse la ordenanza del municipio de Quines, provincia de San Luis, del 10/5/2007, en la que se prohibió la instalación de nuevas antenas celulares del centro de la plaza a 3000 m a todos los vientos, y que esos dispositivos deberían ser instalados fuera del área urbana. La Municipalidad de Pergamino emitió la ordenanza 6206/2005, del 4/11/2005, que establece que las ESA no pueden ser instaladas en plazas, parques, áreas aledañas a arroyos, ríos y/o cursos de agua, a menos de 300 m de hospitales, escuelas, etc. Es interesante mencionar que mediante esta ordenanza la municipalidad se reserva la facultad de exigir, por razones de interés público, la modificación de la ubicación de las instalaciones, sin que la empresa pueda reclamar indemnización alguna por daños, perjuicios o costo alguno. También pueden analizarse las ordenanzas 5141/2000 del Municipio de San Nicolás y 9860, del 15/12/2004, de la ciudad de La Plata.

(7) Según Uslenghi, la zonificación es el instrumento clave de todo plan regulador del uso del suelo; es la división de la ciudad en zonas o distritos con características análogas, mediante el agrupamiento de edificios con destinos y fines similares, distribución de espacios verdes, fijación de mínimos y máximos de alturas de la construcción, líneas de edificación, factor de ocupación total de superficie y volumen de cada predio, etc. (Uslenghi, Alejandro J., "Planificación urbana y responsabilidad estatal", LNOL 1701/005094).

(8) Los considerandos del decreto 764/2000 [Ver Texto](#) (LA 2000-C-3221) indican que el derecho de los usuarios "es la razón última legitimante de todas y cada una de las disposiciones de la reglamentación". Medidas locales como las que venimos mencionando han obligado a las empresas de telefonía móvil a instalar las ESA en lugares alejados de la población, provocando una mengua en la calidad del servicio.

(9) La actividad regulatoria por parte de los municipios en estas cuestiones es criticable. En efecto, consideramos que el servicio, las radiaciones emitidas por las antenas para brindarlo y la supuesta afectación a la salud que estas radiaciones producirían son cuestiones de competencia netamente federal. Quien regula sobre las radiaciones debe regular sobre sus eventuales efectos. No puede concebirse la idea de municipios legislando sobre valores máximos y control de niveles de radiación, tanto por su falta de idoneidad técnica -que sí poseen la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y el Ministerio de Salud de la Nación- como por el evidente "descontrol" normativo que se produciría, lo que resentiría la misma prestación del servicio.

(10) Los gobiernos locales cobran dos tipos de tasas: i) la de habilitación, de pago por única vez; ii) la de inspección, seguridad e higiene, de tracto sucesivo, y con periodicidad variable. La tasa de habilitación debe abonarse al comenzar su trámite, en tanto la de inspección, seguridad e higiene se trata de una tasa por la prestación de un servicio uti singuli, es decir que éste se podría individualizar perfectamente, debiendo existir una prestación efectiva (verificación o inspección de la obra civil). La cuestión sobre las tasas ha sido materia de varios pronunciamientos por parte de la Corte Sup. (Fallos 320:162 [Ver Texto](#) , 320:619 [Ver Texto](#)).

(11) C. Fed. La Plata, sala 3ª, "Telecom Personal S.A. v. Municipalidad de Lomas de Zamora", 13/2/2006, JA 2006-II-170, LNOL 35003094 [Ver Texto](#) .

(12) C. Fed. Córdoba, sala A, "Telefónica Comunicaciones Personales S.A. y Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de Río Cuarto", 29/8/2003, LNOL 70007481 [Ver Texto](#) .

(13) Trib. Sup. Just. Córdoba, 11/3/2003, "Castellani, Carlos E. y otros s/acción de amparo", LL Centro, octubre de 2003, p. 1097.

(14) Este principio había tenido recepción en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo (Brasil, 1992) y luego fue plasmado en nuestra Ley General del Ambiente [Ver Texto](#) .

(15) Ver art. 3 [Ver Texto](#) , Ley de Telecomunicaciones 19798 (ALJA 1972-B-1004).

(16) En "Telefónica de Argentina S.A. s/acción de inconstitucionalidad ley 2813" [Ver Texto](#) , del 28/4/1998, el máximo tribunal expresamente dijo que "la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquéllas les está vedado ejercer, ni siquiera so pretexto de una supuesta demora en el dictado de normas que pongan en ejercicio cláusulas programáticas de la Constitución". En sentido semejante, Fallos 154:104 y 198:445, "CAT v. Provincia de Salta", "CAT v. Provincia de Santiago del Estero", "Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Quilmes" y "Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. v. Huergo, Carlos s/incumplimiento de contrato", del 5/11/1996.

(17) Perrino, Pablo E., "Distribución de competencias entre el Estado Federal, las provincias y los municipios para la regulación de los servicios públicos", RDA 2002-37, LNOL 0027/000075 .

(18) Corte Sup., 13/3/2001, "Barrionuevo, Norma B. v. GTE PCE S.A. y otros s/amparo" [Ver Texto](#) . Ver también "Nextel Argentina v. Municipalidad de Rosario s/amparo-cautelar" y "CTI PCS S.A. v. Municipalidad de Hurlingham s/amparo".

(19) Fallos 320:619 [Ver Texto](#) .

(20) Trib. Sup. Just. Córdoba, 11/3/2003, "Castellani, Carlos E. y otros s/acción de amparo".

(21) C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª, 22/11/2007, "Gallo, Susana B. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo - art. 14 [Ver Texto](#) , CCABA.". No estamos de acuerdo con este fallo. Si la autoridad local está plenamente facultada para legislar y controlar sobre este punto, es a todas luces evidente que esta legislación y este control impactarán en el servicio de telefonía celular, ya que las ESA conforman (junto con el espectro) la red misma del servicio.

(22) Pero común a todo Occidente, según García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", t. II, Ed. Civitas, Madrid, p. 355.

(23) Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", t. I, 6ª edición, Ed. Abeledo-Perrot, 1998 , p. 265.

(24) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo" cit., t. II, p. 358.

(25) En la primera etapa de la organización nacional, vigente la Constitución de 1853 pero aún estando Buenos Aires separada de la Confederación, el Congreso sancionó, en septiembre de 1859, una escueta ley de un solo artículo por la que "la Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país" (Uslenghi, Alejandro J., "Lineamientos de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita", en "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", jornadas organizadas por la Universidad Austral en junio de 2000, ps. 49 a 58).

(26) Bianchi, Alberto A., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado", LL del 13/12/1998.

(27) Fallos 169:111 [Ver Texto](#) .

(28) En ese sentido, Cassagne indica que el error de la Corte fue acudir al art. 1109 [Ver Texto](#) , CCiv., que consigna la responsabilidad sobre la base de la noción de culpa en lugar de utilizar la figura de la falta de servicio (Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit. , p. 283).

(29) Fallos 182:5 [Ver Texto](#) .

(30) Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit. , p. 284.

(31) Uslenghi, Alejandro J., "Lineamientos de la responsabilidad del Estado..." cit., p. 57.

(32) Fallos 300:2036.

(33) Uslenghi, Alejandro J., "Lineamientos de la responsabilidad del Estado..." cit., p. 57.

(34) Cassagne, Juan C., "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema", en "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, junio de 2000, p. 34.

(35) Coviello, Pedro J., "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita", ED Supl. de Derecho Administrativo del 29/8/2000.

(36) Aberastury, Pedro (h), "El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia a la del 'Estado Legislador'", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1985, p. 229 y ss.

(37) Cassagne, Juan C., "Las grandes líneas..." cit., p. 38.

(38) *Íd.*, p. 37.

(39) Fallos 195:66 [Ver Texto](#) .

(40) Fallos 312:1656 [Ver Texto](#) (JA 1989-IV-493).

(41) Corte Sup., 28/7/2005, "El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional s/juicio de conocimiento", LNOL 35002248 [Ver Texto](#) .

(42) Cassagne, Juan C., "Las grandes líneas..." cit., p. 39.

(43) Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios", 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 368.

(44) La noción de responsabilidad implica siempre la idea de culpa, la idea de una regla violada. La indemnización es una reparación debida por la Administración al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa, no de una conducta culposa (Altamira Gigena, Julio, "Responsabilidad del Estado", Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 45).

(45) Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo..." cit., p. 372.

(46) Si la norma que produce un daño fuera declarada inconstitucional por los tribunales, ya no se trataría de responsabilidad por actividad lícita sino ilícita.

(47) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 38 y ss. Este autor indica que el fundamento de la responsabilidad por actividad legislativa surge del art. 17 [Ver Texto](#) , CN., en cuanto dispone que la expropiación por causas de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

(48) El Consejo de Estado francés en este caso fallado en 1938, en el que se demandó al Estado por los perjuicios que le ocasionara a la accionante la ley que prohibía fabricar, vender, importar o exportar "Gradine" a fin de favorecer a la industria lechera, sostuvo que "...nada, ni en el mismo texto de la ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del caso, permite pensar que el legislador ha entendido poner sobre el interesado una carga que no le incumbe normalmente; esa carga creada por un interés general debe ser soportada por la colectividad".

(49) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., p. 53 y ss.

(50) Fallos 180:107.

(51) Fallos 185:105 [Ver Texto](#) .

(52) Fallos 195:66 [Ver Texto](#) .

(53) Ver el análisis de ambos fallos en Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., p. 58 y ss.

(54) Fallos 293:617 (JA 1976-IV-90).

(55) Fallos 301:403 (JA 1979-IV-156).

(56) Fallos 301:1045.

(57) Fallos 310:943 [Ver Texto](#) (JA 1987-IV-532).

(58) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., ps. 76 y 77.

(59) Sin perjuicio de que podría discutirse la cuantía de la indemnización.

(60) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV , 6ª edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 787.

(61) Reiriz, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", Ed. Eudeba, 1969, p. 52 y ss.

(62) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" cit. , p. 788 y ss.

(63) Fallos 312:1394 [Ver Texto](#) (JA 1992-I-125).

(64) Fallos 312:326 [Ver Texto](#) .

(65) A modo de ejemplo, el art. 1 , Ley Orgánica de Municipios de la provincia de Buenos Aires (Ley 6769) expresa que "La administración local de los partidos que forman la provincia estará a cargo de una Municipalidad compuesta de un Departamento Ejecutivo, desempeñado por un ciudadano con el título de intendente, y un Departamento Deliberativo, desempeñado por ciudadanos con el título de concejal".

(66) Cabe aclarar que la doctrina no es pacífica en lo que se refiere a la naturaleza de las ordenanzas municipales. Bianchi, por ejemplo, sostiene que la naturaleza del acto depende en buena medida de la naturaleza del ente que lo emite, es decir, en el caso, de las municipalidades, cuya naturaleza -a su entender- depende de lo que decida al respecto el

legislador provincial. En su opinión, la potestad de dictar actos de carácter legislativo es un atributo propio de quienes tienen el poder constituyente, pues es la potestad de autoorganizarse en el más alto grado la que confiere a la persona jurídica pública la capacidad de dictar actos normativos de alcance y fuerza legal (Bianchi, Alberto A., "El caso 'Promenade' [Ver Texto](#) y la llamada 'inderogabilidad singular' de los reglamentos en un controvertido fallo", Revista de Derecho Administrativo, año 1, n. 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, septiembre-diciembre de 1989, p. 131 y ss.). Lamoglia realiza una breve descripción de las posiciones doctrinarias sobre esta cuestión (Lamoglia, Carlos M., "Las ordenanzas municipales. Su naturaleza jurídica en la provincia de Buenos Aires", LLBA 2001-997).

(67) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., p. 131 y ss.

(68) Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit. , p. 287.

(69) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" cit. , p. 735.

(70) Los pliegos de licitación exigen el cumplimiento de ciertas obligaciones de cobertura geográfica. Y si la calidad del servicio prestado por la licenciataria se aparta, cualquiera fuere su causa, de las condiciones requeridas por la CNC, será susceptible de ser sancionada (para un análisis del régimen sancionatorio de las telecomunicaciones véase Russell, Esteban y Segura, Eliseo, "Reflexiones sobre el sistema sancionatorio en las telecomunicaciones y su aplicación por el órgano de control", ED del 4/3/2005). En muchos casos la necesidad de cumplir con esas obligaciones choca con las restricciones impuestas por las autoridades locales.

(71) La ley 19798 establece en su art. 6 [Ver Texto](#) que "Las provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional".

(72) Integran esta norma los Reglamentos de Licencias, Interconexión, Servicio Universal y Frecuencias. Uno de los principios del Reglamento de Licencias (ver Russell, Esteban, "New Telecom License Regime in Argentina", Latin American Law and Business Report, vol. 9, n. 9, septiembre de 2001, World Trade Executive Inciso) es el de no establecer barreras a la incorporación de nuevos operadores, por lo que resultaría incoherente promover el ingreso de nuevos operadores al mercado pero impedir el normal desarrollo de las redes. Igual razonamiento puede hacerse en cuanto al principio de "alcance nacional" de las licencias, según el cual las licencias que se otorguen tendrán validez en todo el territorio de la Nación Argentina (art. 4.2 del Reglamento). Si la licencia tiene alcance en todo el país, los Estados locales no pueden desconocer esa disposición, dificultando la instalación de las ESA que permiten la prestación del servicio, sin incurrir en una contradicción interadministrativa y afectar el comercio interjurisdiccional. Por su parte, el Reglamento de Interconexión (art. 5) establece, entre otros objetivos, dos a los que les caben las consideraciones efectuadas precedentemente: "a) Promover el ingreso al mercado de nuevos prestadores, a fin de permitir la mejora de la calidad y la reducción de los precios..., asegurando su libertad de elección ante la diversidad de servicios disponibles; b) promover la integración de las diferentes regiones del país mediante los servicios de telecomunicaciones". El "ingreso de nuevos prestadores" y su consecuencia, la "libertad [del cliente] de elección ante la diversidad de servicios posibles", son propósitos difícilmente alcanzables ante un panorama dificultoso para la extensión de redes. El Reglamento del Servicio Universal regula los mecanismos especiales de prestación de servicios de telecomunicaciones en zonas no rentables, de difícil acceso, y a clientes con necesidades sociales especiales o limitaciones físicas. El primer objetivo de este Reglamento es "que los habitantes de la República Argentina, en todo el territorio nacional, tengan posibilidades de acceder a los servicios de telecomunicaciones...". Si bien este objetivo está referido, en aquel Reglamento, al acceso al servicio dentro de los complejos mecanismos allí establecidos, no puede negarse que el "acceso al servicio" se cumple principalmente fuera de estos mecanismos específicos, es decir, mediante la libre prestación de los servicios, para los cuales es necesario tender redes. Por último, el Reglamento de Frecuencias establece en su art. 7.3.iv que "se alentará la utilización eficiente del espectro", a lo que debemos comentar que no hay utilización eficiente (o directamente no hay utilización) si la normativa local hace dificultoso y hasta imposible instalar las redes inalámbricas, o establece que las ESA deban ser desmontadas, relocalizadas, o instaladas a determinadas distancias entre una y otra o de los centros

urbanos, etc. Esto, porque la instalación de las ESA obedece a criterios técnicos de eficiencia en el uso de las frecuencias, por lo que las normas locales que dificultan la aplicación de estos criterios tornan ineficiente la utilización del recurso radioeléctrico, contradiciendo el precepto federal citado.

(73) Existe un fuerte interés público involucrado en la extensión de las redes de comunicaciones, en general, y de las redes móviles, en particular: contribución creciente al PBI, inversión masiva, creación de empleo, creación de valor agregado con efecto multiplicador en la economía, motor del incremento de la productividad, efectos sostenibles fruto de un ciclo de renovación tecnológica, etc. La extensión de las redes permite una mejor prestación del servicio donde ya era suministrado, y la posibilidad de prestarlo en nuevas áreas geográficas a poblaciones que tenían acceso a aquél.

(74) Bustamante Alsina, Jorge, "Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", LL 1991-E-1378, secc. Doctrina.

(75) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, "D'Abramo, Vicente v. ANA s/proceso de conocimiento".

(76) Fallos 312:2022 [Ver Texto](#) . También en el fallo de la Corte Sup. "El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional s/juicio de conocimiento" [Ver Texto](#) , del 28/7/2005, el máximo tribunal sostuvo que "los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doct. Fallos 310:2824 [JA 1998-II-49])". En Fallos 312:2022 [Ver Texto](#) , consid. 16, se enfatizó que "es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue".

(77) Corte Sup., 12/5/1987, "Galanti, Carlos A. v. Municipalidad de Buenos Aires" [Ver Texto](#) .

(78) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" cit. , p. 736.

(79) Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo..." cit., p. 374.

(80) Fallos 315:1031 (JA 1993-I-429 [Ver Texto](#)).

(81) Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo..." cit., p. 375.

(82) Coviello, Pedro J., "El caso Columbia [Ver Texto](#) , nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos", RDA, ns. 9-10. Para este autor "hay que reconocer, igualmente, que cuando el Estado instaura un sistema jurídico-económico en el cual se fijan las reglas de juego, lo lógico es, en un Estado de Derecho, que quienes en él se encuentren no queden sometidos a los vaivenes de los fracasos económicos de las autoridades de turno". Es decir que el autor, para el caso en particular, critica el requerimiento de la configuración del requisito de la ausencia del deber de soportar el daño.

(83) Quizá sea conveniente plantear un caso de responsabilidad por actividad ilícita apuntando a la ilegitimidad de la norma, y subsidiariamente, por si el juez considerara que la norma es lícita, plantear la procedencia de la responsabilidad por actividad lícita.

(84) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., p. 132.

(85) Íd., p. 132.

(86) Fallos 51:274.

(87) En "Corporación Inversora Los Pinos" el dictamen del procurador Enrique Petracchi, que fue seguido por el voto del juez Ramella, llevó este análisis desde la licitud hasta la

moralidad. En este caso una empresa titular de un hotel alojamiento debidamente autorizado demandó al Estado por los daños y perjuicios ocasionados por la revocación de esa autorización. Petracchi y Ramella consideraron que al ser la instalación de un hotel alojamiento contraria a la moral pública, su titular poseía un derecho precario por cuya revocación no procedía un reclamo indemnizatorio. Como dijimos, los cuatro jueces restantes no coincidieron con este criterio y sólo analizaron la actividad desde el punto de vista de la licitud, concluyendo que efectivamente se trataba de una actividad lícita, por lo que su cese forzoso debía ser indemnizado.

(88) Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo..." cit., ps. 375 y 376.

(89) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., p. 133 y ss.

(90) Esta posición fue expuesta por Marienhoff en "Tratado de Derecho Administrativo" cit. , p. 796, y en "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", LL 1983-B-910, secc. Doctrina.

(91) Conf. Corte Sup. in re "Manzi, Carlos A. v. Estado Nacional - Ministerio de Economía" [Ver Texto](#) , 13/5/1997.

(92) Sáenz, Juan Ignacio, "La teoría de la responsabilidad del Estado por actos lícitos frente a la pesificación (La Corte y el CIADI ante el cambio de régimen monetario)", publicado en RDA 2005-53-383.

(93) Fallos 312:659 [Ver Texto](#) .

(94) Fallos 316:397 [Ver Texto](#) (JA 1995-II, síntesis).

(95) Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit. , p. 290.

(96) "El mencionado artículo excede los límites del derecho privado, trascendiéndolos y proyectándose como un principio general" (conf. Fallos 312:659 [Ver Texto](#)).

(97) El art. 10 [Ver Texto](#) , Ley de Expropiaciones 21499 (ALJA 1977-A-35) dice: "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".

(98) Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" cit. , p. 134.

(99) Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo..." cit., p. 416. En sentido concordante, Cassagne señala que para determinar la medida de la reparación deben aplicarse las reglas de la indemnización debida por los daños provocados por actos ilegítimos, con exclusión del lucro cesante (Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit. , p. 290).

(100) Así, si intentamos diferenciar un gato de una vaca, decimos que uno es felino y otro es vacuno, que uno come ratas y otro pasto; pero si intentamos establecer una analogía, diremos que son los dos mamíferos, que pertenecen al reino animal, que son de sangre caliente, etc.

(101) "Existe una imposibilidad jurídica de aplicar por vía analógica normas que son restrictivas de derechos" (conf. Barra, Rodolfo, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED 122-589).

(102) Bianchi, Alberto A., "Responsabilidad del Estado..." cit., p. 171 y ss.

[\(103\)](#) Fallos 312:2269 (JA 1990-IV-303).

[\(104\)](#) Para Alterini, Ameal y López Cabana, "La expresión reparación integral no quiere decir nada. Sólo tiene sentido hablar de reparación plena, se entiende por tal la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada ordenamiento atribuye al causante del daño" (citados por Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo..." cit., p. 416).

[\(105\)](#) Fallos 293:617 (JA 1976-IV-90).

[\(106\)](#) Se hizo mención del art. 907 [Ver Texto](#) , CCiv., que dispone que cuando se produjeren daños por hechos involuntarios, sólo se responderá "con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto y en cuanto se hubiera enriquecido".

[\(107\)](#) Fallos 301:403 (JA 1979-IV-156).

[\(108\)](#) Fallos 306:1409 .

[\(109\)](#) Fallos 312:659 [Ver Texto](#) .

[\(110\)](#) Fallos 312:2266 [Ver Texto](#) .

[\(111\)](#) Corte Sup., 28/7/2007, "El Jacarandá S.A. v. Estado Nacional s/juicio de conocimiento" [Ver Texto](#) .

[\(112\)](#) Generalmente el iter que culmina con la habilitación definitiva comienza por la "factibilidad de uso de suelo" y continúa con el registro de planos y la presentación del estudio de impacto ambiental (entre otra documentación técnica y jurídica).