

¿Qué es el “sacrificio especial” para la Corte Suprema de Justicia de la Nación?

What is the “special sacrifice” for the Argentine Supreme Court?

Sebastián A. Garay^{*†}

Resumen

El presente trabajo estudia el “sacrificio especial”, uno de los requisitos para que el Estado responda por su actividad lícita. Se lo presenta en el contexto de dicho régimen de responsabilidad y a continuación se pone el foco en los precedentes relevantes de la Corte Suprema argentina. A continuación, se introducen la vaguedad del lenguaje y la distinción entre reglas y estándares para otorgar mayor claridad a la hora del análisis, y se concluye que todavía no hay un caso claro de cuándo nos encontramos frente a un “sacrificio especial”.

Palabras clave: Responsabilidad estatal por actos lícitos – sacrificio especial – reglas y estándares

Abstract

This article studies the special sacrifice, one of the requisites necessary to obtain redress for the State’s lawful activity. The special sacrifice is introduced in the context of this system of State liability. The paper examines the Argentine Supreme Court’s relevant precedents in the subject. The concept of vagueness and the distinction between rules and standards are introduced in order to provide more clarity to the matter, and the conclusion is that there is still no clear case of what a special sacrifice is.

Key words: State responsibility for lawful activity – special sacrifice – rules and standards

* Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina), LL.M. (Universidad de Virginia, Estados Unidos). Investigador independiente.

† Una primera aproximación a este tema fue publicada en la RADEHM (Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería) número 30 Agosto-October 2021, 193-219.

Agradezco a Juan Pablo Perrino, Florencia Abed Dickson y Alexis Ramírez Donoso por la lectura y crítica generosa a los puntos esbozados en este trabajo. Agradezco también a Guillermo Jensen por haberme motivado para su publicación.

I. Introducción

El objetivo del presente ensayo es demostrar la dificultad que existe para describir las características del “sacrificio especial” como requisito de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, a partir de los precedentes de la Corte Suprema argentina. La importancia de su estudio radica en que, a pesar de ser una condición legal que debe ser acreditada para que el Estado responda por sus actos lícitos, su determinación sigue siendo muy controvertida.

En el capítulo II se introduce la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos y los elementos necesarios para que proceda. Ello brindará un panorama del contexto en el que se inserta el “sacrificio especial”. Se explicarán las normas que sustentan este régimen y el fundamento que la Corte Suprema le asignó en su jurisprudencia.

El capítulo III trata, propiamente, sobre el “sacrificio especial” en la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal. Este capítulo se dividirá en tres secciones: la primera revisará los casos en los que la Corte Suprema mencionó por primera vez al “sacrificio especial”; la segunda se encargará de los casos en los que decidió que el daño reclamado no constituía un “sacrificio especial”; y la última de aquellos casos en los que efectivamente encontró un “sacrificio especial”. Al final de la tercera sección, se mirarán con detenimiento las condiciones bajo las cuales el tribunal verificó la existencia del “sacrificio especial”.

En el capítulo IV se presenta a la vaguedad del “sacrificio especial” y se utiliza la distinción entre reglas y estándares para abordar su comprensión. Asimismo, se exhibe el problema de la discrecionalidad judicial en la materia.

Finalmente, en el capítulo V se esbozan unas reflexiones finales con base en lo analizado en los capítulos precedentes.

II. La responsabilidad del Estado por su actividad lícita

Este régimen de responsabilidad, según Pablo Perrino, “tiene lugar cuando el Estado mediante comportamientos válidos perjudica o lesiona los derechos de los ciudadanos de una forma especial o anormal ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia en sociedad”.³ Oscar Cuadros sostiene que el

³ Pablo E. Perrino, “La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, *El Derecho* 185, p. 78, citado por Diego A. Lo Giudice, “La responsabilidad por actos lícitos en la Ley de Responsabilidad del Estado”, TR LALEY AR/DOC/615/2021, II.1.

fundamento de este régimen es “la transgresión al principio constitucional que prohíbe dañar a otro y que permite calificar como antijurídicas a tales actividades”.⁴ Por su parte, Hernán España postula que esta responsabilidad por la actividad estatal lícita se diferencia de la generada por la actividad ilícita en que, cuando se trata de los actos lícitos del Estado, no prima un criterio de justicia conmutativa”.⁵ Es decir, no se busca el restablecimiento de un equilibrio alterado por la actividad estatal cuestionada.

Es importante recalcar que nos encontramos en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado y que, durante un largo tiempo, la responsabilidad estatal por actividad lícita no tuvo regulación específica. Las reglas que se aplicaban estaban dispersas en el Código Civil de Vélez Sársfield y en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Conforme dicha jurisprudencia, para que un reclamo de este tipo mereciera una acogida favorable debía demostrarse que el Estado demandado había generado en el reclamante lo que se denominó como un “sacrificio especial”.

La admisión de este tipo de responsabilidad estatal tiende a ser restrictiva. La razón más próxima de ese carácter pareciera obedecer a la gran variedad de actos estatales que se podrían impugnar a través de ella. En efecto, a pesar de la importancia de los derechos constitucionales cuya protección se invoca en el ámbito de esta responsabilidad,⁶ en el caso Establecimientos Gratry la Corte sostuvo que existe el riesgo de que una protección demasiado amplia de dichos derechos “detenga la actividad de gobierno”.⁷ En otros términos, responsabilizar al Estado por ciertos daños generados por sus actos lícitos no debería convertirlo en una especie de aseguradora de riesgos por todos los daños que pueda generar.⁸

⁴ Oscar Álvaro Cuadros, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008), p. 184, citado en Pablo. E. Perrino, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos - Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada)*, (Buenos Aires: La Ley, 2015), p. 126.

⁵ España, Hernán M., “El alcance de la reparación en la nueva ley de responsabilidad estatal”, (manuscrito no publicado)

⁶ Ver punto I.1 *infra*.

⁷ CSJN, “Establecimientos Americanos Gratry S.A. c/Nación s/devolución de derechos” (18/03/1938), Fallos 180:107, reseñado en el punto II.A *infra*.

⁸ Hay una fórmula que el tribunal utilizó en numerosas ocasiones para neutralizar esta posibilidad: “la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios, -de cualquier orden- que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos”. Ver, por ejemplo, los casos Román S.A.C. y Pistone, citados en notas al pie nro. 23 y 24 *infra*, respectivamente.

El panorama normativo en la materia se alteró en agosto de 2014, cuando se promulgó la Ley Nro. 26.944 de responsabilidad del Estado; y en agosto de 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. En este se prohibió la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil ubicadas en el Título IV, Capítulo 1, a la responsabilidad del Estado. La Ley Nro. 26.944, en su artículo 4, fijó que los requisitos para la procedencia de esta responsabilidad del Estado son:

(a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; (b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; (c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; (d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; (e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.⁹

Los primeros tres requisitos –daño, imputación y causalidad– son compartidos con el régimen de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita o irregular. Es el cuarto requisito la mayor diferencia entre ambos regímenes: mientras la “falta de servicio” es requerida para la procedencia de la responsabilidad por actividad ilícita o irregular,¹⁰ el “sacrificio especial” es exigido en la responsabilidad por actos lícitos.¹¹

Es así que se configuró un régimen de responsabilidad que podría aplicarse a un amplio abanico de situaciones, pero con requisitos que, en la práctica, limitan las posibilidades de éxito de los reclamos particulares.

Volviendo al tema central de este trabajo, es necesario destacar que la jurisprudencia de la Corte no siempre constató la presencia o ausencia del “sacrificio especial” y que – en aquellos casos en que lo ha hecho– la descripción de qué configura un sacrificio o perjuicio tal no ha sido uniforme. A pesar de esta falta de consistencia de la jurisprudencia en su tratamiento, la sanción de la Ley Nro. 26.944 terminó de consolidar al “sacrificio especial” como requisito para la procedencia de la responsabilidad estatal por actos lícitos.

⁹ Ley Nro. 26.944 de Responsabilidad Estatal, B.O. del 08/08/2014, art. 4. °

¹⁰ “La falta de servicio se genera por un funcionamiento anormal, defectuoso, o incorrecto de la prestación efectuada por el Estado ya sea por acción u omisión, en este caso, cuando pesaba sobre aquél una obligación expresa o razonablemente implícita de actuar”. Tomás Hutchinson (Director) y Alejandro Taraborelli (Coordinador), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho administrativo. Responsabilidad del Estado*, (La Ley, Buenos Aires: 2013), T. I, p. 95.

¹¹ Nótese que el requisito de la “ausencia de deber jurídico de soportar el daño” incluido por el art. 4. ° de la Ley Nro. 26.944 tampoco es un requisito de la responsabilidad por actos ‘ilícitos’. Sin embargo, dado que ha sido mencionado por la jurisprudencia de manera irregular, se lo analizará sólo en la medida en que sea relevante para los precedentes reseñados *infra*.

A continuación, veremos cómo razonó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos en los que se enfrentó con esta categoría de reclamos.

A. Fundamento constitucional

Dado que este régimen de responsabilidad estatal precede a la sanción de la Ley Nro. 26.944 y al Código Civil y Comercial, la Corte Suprema resolvió desde temprano casos en los que particulares invocaban la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. A modo de ejemplo, se mencionarán tres precedentes en los que el tribunal halló su sustento en la Constitución Nacional.

En el caso Laplacette,¹² de 1943, los actores buscaban que la Provincia de Buenos Aires los indemnizara por haber realizado obras que inundaron sus campos. Allí la Corte afirmó que la responsabilidad en este tipo de casos nacía de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad privada consagrada en la Constitución Nacional, determinó que las inundaciones habían sido probadas y que la provincia debía indemnizar a los actores.¹³

En 1979, la Corte resolvió el caso Cantón.¹⁴ La actora había celebrado un contrato de compraventa internacional con un exportador de la India; con posterioridad a la celebración de ese contrato, un decreto nacional prohibió la importación de ciertos productos para mantener el equilibrio de la balanza de pagos y proteger la industria nacional. Al no poder hacerse de la mercadería comprada al amparo de su contrato, la actora demandó al Estado Nacional para obtener un resarcimiento. La causa llegó a la Corte Suprema, y esta reiteró su criterio de que la indemnización –en la responsabilidad del Estado por actos lícitos– procedía si el nuevo régimen normativo no ofrecía reparación para un perjuicio patrimonial como el de la actora.¹⁵ El tribunal encontró que la indemnización pretendida por la actora era la manera de proteger su derecho

¹² CSJN, “Juan Laplacette -su sucesión- y otros v. Provincia de Buenos Aires”, 26/02/1943, *Fallos* 195:66. Disponible en www.csjn.gov.ar.

¹³ La Corte se refirió a “la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares” (*Fallos*: 195:66, p. 75).

¹⁴ CSJN, “Mario Elbio Cantón v. Gobierno Nacional”, 15/05/1979, *Fallos* 301:403. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=17621>.

¹⁵ “(...) pues la facultad del Estado de poner límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas al amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17)”, (CSJN, Cantón, considerando 6).

constitucional de propiedad, ya que el objeto de su contrato se encontraba prohibido por el nuevo decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

En el caso García,¹⁶ los actores sufrieron un accidente con su automóvil en una ruta nacional y alegaban que había sido provocado por un operativo de control vehicular policial efectuado sin las medidas de señalización pertinentes. Al rechazar el reclamo, la Corte recordó que la responsabilidad por actos lícitos tenía fundamento en los artículos 17 y 16 de la Constitución Nacional, que su procedencia requería la especialidad del daño y la causalidad entre el actuar del Estado y dicho daño –ambas condiciones ausentes en el caso–.

En estos tres precedentes se advierte que, para la Corte Suprema argentina, el régimen de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos está basado en las protecciones que otorga la Constitución Nacional al derecho de propiedad y al derecho a la igualdad. Por un lado, al ser anteriores a la sanción de la Ley Nro. 26.944 y del Código Civil y Comercial de la Nación, estos casos son ejemplos de cómo la jurisprudencia abordaba esta responsabilidad estatal y qué normas utilizaba para hacerlo. Por otro lado, la circunstancia que solo una sentencia (García) haya siquiera considerado al “sacrificio especial” como requisito de la responsabilidad, puede ser vista como un síntoma de la falta de consistencia en la jurisprudencia relevante en la materia.

II. El “sacrificio especial” en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Una vez reseñado el marco normativo que define la responsabilidad estatal por su actividad lícita y algunos antecedentes jurisprudenciales en la materia, se abordará la jurisprudencia que trató el “sacrificio especial”.

A. Nace el “sacrificio especial”

Aunque el concepto fue esbozado primero en la obra de Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, su introducción dentro del derecho argentino fue a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁷ Así, los *leading cases* de

¹⁶ CSJN, “Ricardo Mario García y otra v. Provincia de Buenos Aires”, 08/09/1992, *Fallos* 315:1892. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3513>.

¹⁷ La obra de Mayer es *Derecho Administrativo Alemán*, versión española de la edición francesa de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. IV, § 53, 217. Ver, asimismo, Alberto Bianchi, “La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (En búsqueda de una síntesis)”, TR LA LEY AR/DOC/3350/2021.

la Corte Suprema en la materia son Fisco Nacional v. Arrupé, Lilia¹⁸ y Establecimientos Gratry S.A. c/Nación,¹⁹ dos casos que se refieren a la actividad legislativa o normativa del Estado.

En el caso Arrupé, la Corte tuvo que dirimir una disputa contractual entre Lilia Arrupé y el Ministerio de Relaciones Exteriores para la provisión de ropa e ítems de vestuario al ente estatal. Un mes después de la concesión del contrato y del depósito de dinero en garantía, se dictó un decreto que desvalorizó la moneda e imposibilitó a Arrupé cumplir con la totalidad del contrato. El Ministerio contrató con otra empresa por un precio mayor y reclamó ese excedente a Lilia Arrupé; en su contestación de demanda, Arrupé reconvino y solicitó la devolución del monto depositado en garantía.²⁰ El juez de primera instancia calificó al decreto del Poder Ejecutivo Nacional como “hecho del soberano” por expresa referencia a la nota al artículo 514 del Código Civil.²¹ A su turno, la Corte confirmó la sentencia de Cámara y rechazó la pretensión de Arrupé. En ningún momento hizo referencia a la especialidad del sacrificio, perjuicio o daño invocado por la actora.

Establecimientos Gratry fue un caso de 1938 que versaba sobre un contrato entre un particular y un ente estatal –el Ministerio de Guerra– para la provisión de una cierta cantidad de tejido. Pocos días después de la firma del contrato, un decreto del Poder Ejecutivo aumentó el impuesto a las importaciones en un 10%. Establecimientos Gratry, al no poder evitar el pago de ese adicional a la hora de importar el tejido, interpuso demanda para obtener su devolución. No tuvo éxito. Hacia el final de su sentencia, luego de afirmar que la garantía de la propiedad privada no debe “detener la actividad gubernativa”, la Corte afirmó que el perjuicio de la empresa “no cumple la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad, como lo tiene resuelto esta Corte en la causa Fisco Nacional v. Arrupé Lilia (...) que concuerda con las precedentes consideraciones, y con las razones concordantes del fallo en recurso”.²²

¹⁸ CSJN, “Fisco Nacional v. Arrupé, Lilia”, 28/09/1936, *Fallos* 180:114.

¹⁹ Citado *supra* nota n° 6.

²⁰ En Primera Instancia se rechazó la demanda y se admitió la reconvencción, pero la Cámara lo revocó en ese punto y la Corte confirmó esa decisión.

²¹ Código Civil, artículo 514, nota: “(...) Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos (...)”.

²² CSJN, “Fisco Nacional v. Arrupé, Lilia”, pp. 113-114.

Cuatro aspectos son destacables de este precedente. Primero, la referencia que se hace al caso Arrupé como origen de la especialidad. Segundo, el hecho de que el tribunal menciona a la especialidad del sacrificio como condición para la responsabilidad del Estado. Tercero, la advertencia de que una protección demasiado amplia de los derechos en juego en el ámbito de esta responsabilidad pueda desincentivar la actividad de gobierno. Por último, la determinación de que esa cualidad del sacrificio no fue probada en el caso; y este punto no debe ser subestimado, ya que puede ayudarnos a entender las dificultades que sigue habiendo para saber cuál es el alcance del sacrificio exigido. El *leading case* en materia de “sacrificio especial” no es, ni ofrece ejemplos de cuáles podrían ser los casos típicos. En otros términos, de la formulación original del “sacrificio especial” no es posible deducir qué características tiene.

Desde el dictado de estas dos sentencias hasta el día de hoy, el requisito del “sacrificio especial” siguió presente en la jurisprudencia de la Corte a la hora de determinar la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.²³ Sin embargo, en aquellos casos en que fue considerado, la determinación de cuándo se está frente a tal sacrificio siguió siendo difícil.

B. Casos donde no hubo “sacrificio especial”

Los precedentes Román S.A.C.²⁴ y Pistone²⁵ son casos en los que se buscó responsabilizar al Estado por su actividad judicial. En el primero de ellos, la empresa actora alegó que la prohibición de uso de una de sus máquinas –dispuesta por la justicia en lo penal económico durante la instrucción de un sumario que se le había iniciado– le había generado daños y perjuicios que el Estado Nacional debía resarcir. La Corte, en su voto mayoritario (suscripto por los jueces Levene (h), Belluscio, Petracchi y Nazareno) recordó la doctrina fijada en Juillerat²⁶ para justificar por qué la actora no había padecido

²³ Aunque, como se mencionó en el punto I, la exigencia del requisito no siempre fue constante ni su formulación consistente.

²⁴ CSJN, “Román S.A.C. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/cobro de pesos”, 13/10/1994, *Fallos* 317:1233. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=4715>.

²⁵ CSJN, “Pistone, Ciro Alberto c/Estado Nacional s/daños y perjuicios”, 29/05/2007, *Fallos* 330:2464. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6285091&cache=1682974982694>.

²⁶ CSJN, “Milton Enrique Juillerat v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 23/12/1986, *Fallos* 308:2626. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=32406>. Ver nota nro. 33.

un “verdadero sacrificio desigual” (Considerando 13^o) y confirmó la sentencia que había desestimado su reclamo.

Por su parte, en Pistone dos funcionarios del Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) advirtieron que un frigorífico almacenaba carne sin los permisos correspondientes; cerraron temporalmente el frigorífico y dejaron la carne bajo responsabilidad del dueño. Al encontrar, un día más tarde, que la carne había desaparecido, presentaron una denuncia penal. Ciro Alberto Pistone –que no era dueño del frigorífico, pero, al parecer, trabajaba allí– alegó que la denuncia del SENASA le impidió seguir trabajando como rematador de carne. La Corte entendió que la actora no había demostrado que los daños sufridos constituían un verdadero sacrificio desigual “que excede las consecuencias normales y necesarias” de la actividad lícita del Estado, confirmó la sentencia apelada y rechazó la demanda.²⁷

En los casos Buenos Aires Eximport²⁸ y Revestek²⁹ se cuestionaron los perjuicios generados por modificaciones del Banco Central a las regulaciones del mercado cambiario. El primer caso trataba sobre el reclamo de una empresa que tenía una deuda en pesos con el Estado Nacional y que luego consolidó en dólares estadounidenses. El Banco Central cambió la regulación del mercado cambiario poco después, lo que obligó a la actora a liquidar los intereses de su deuda en dólares. La Corte rechazó el cuestionamiento a las medidas cambiarias por ser aplicable a un gran número de individuos y reconoció la imposibilidad de resarcir a todos ellos en caso de encontrar responsabilidad del Estado. Según Bianchi, este caso ofrece una pauta cuantitativa para decidir cuándo hay “sacrificio especial”: a mayor número de individuos afectados, menos especial es el sacrificio.³⁰ En el caso Revestek, la actora alegaba que la modificación del régimen cambiario que el Banco Central había llevado a cabo el 2 de abril de 1981 le había generado un daño resarcible. El tribunal, en un fallo dividido, rechazó la

²⁷ CSJN, “Miltrón Milton Enrique Juillerat v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, considerando 8.

²⁸ CSJN, “Buenos Aires Eximport S.A. v. Nación Argentina (Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas) y otros”, 20/03/1993, *Fallos* 316:397. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=4095>.

²⁹ CSJN, “Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario”, 15/08/1995, *Fallos* 318:1531. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=5027>.

³⁰ Bianchi, “La doctrina del ‘sacrificio especial’”, p. 397.

responsabilidad del Estado por actividad lícita que la Cámara había admitido; precisó categóricamente que ella no procede si la actividad estatal no daña “una situación jurídicamente protegida”.³¹

En el precedente *Álcalis de la Patagonia c/Estado Nacional*, del año 2021, el tribunal resolvió un reclamo por daños generados a la empresa actora como consecuencia de cortes de gas natural ordenados por el Estado Nacional durante el invierno de los años 2007 y 2010. Al concluir que no había “sacrificio especial” probado en la causa, la Corte parece agregar un nuevo elemento para evaluar la procedencia de reclamos de este tipo: dado que los cortes de suministro de gas estaban previstos en el contrato suscrito entre la actora y la empresa transportadora de gas, la actora debería haber asumido que podían suceder y debería haber destinado recursos para evitar daños.³²

Por último, existen casos donde la Corte analizó la responsabilidad del Estado por actividad lícita, pero no trató expresamente la procedencia del “sacrificio especial”, como *Juillerat*³³ y *Columbia S.A. de Ahorro*.³⁴

En resumen, si hacemos un esfuerzo por sintetizar esta línea jurisprudencial, vemos que el sacrificio no es especial si: (a) es una consecuencia normal de la actividad estatal (*Pistone*), o (b) lo padece un gran número de individuos (*Buenos Aires Eximport*), o (c) el reclamante no se encontraba en una situación jurídicamente protegida (*Revestek*), o (d) la actora tenía un deber de prever la posibilidad de que la actividad cuestionada le genere

³¹ CSJN, “*Revestek S.A. c/Banco Central de la República Argentina y otro s/ordinario*”, considerando 8.

³² CSJN, “*Álcalis de la Patagonia S.A.I.C. c/EN – M° de Planificación - dto. 475/05 s/ daños y perjuicios*”, 16/09/2021, *Fallos*: 344:2488. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7692231>.

³³ CSJN, “*Miltrón Milton Enrique Juillerat v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”. Allí la responsabilidad por actos lícitos fue invocada para cuestionar los daños generados por la construcción de una autopista por haber disminuido el valor de la propiedad de los actores en el juicio. La Corte no se expresó respecto del “sacrificio especial”, pero definió las medidas tomadas por la Municipalidad de Buenos Aires como “meras restricciones” a la propiedad privada, decidió que no generaban derecho de los actores a ser indemnizados y dejó sin efecto la sentencia apelada.

³⁴ CSJN, “*Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c Banco Central de la República Argentina*”, 19/05/1992, *Fallos* 315:1026. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3483>. El caso trataba sobre un cambio en la normativa del Banco Central que regulaba el modo de cálculo de un tipo de préstamo del que la actora era titular. El tribunal enumeró los requisitos de esta responsabilidad (daño cierto, causalidad, imputación al Estado) y, luego de referirse al “sacrificio especial”, agregó la “ausencia de un deber jurídico [de] soportar el daño”. Sin embargo, no tomó una decisión sobre el punto, sino que entendió que la justificación del tribunal inferior para hacer lugar al reclamo fue insuficiente; por ello, le devolvió las actuaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento.

daños (Álcalis de la Patagonia). Entre estos precedentes hay tan poco en común que ello redundaría en una significativa dificultad para encontrar una regla que los gobierne.³⁵

C. Casos donde hubo “sacrificio especial”

En este apartado se analizarán tres casos en los que la Corte encontró el “sacrificio especial”: Carlos Reisz y Cía c Gobierno Nacional,³⁶ S.A. Corporación Inversora Los Pinos v. Municipalidad de Buenos Aires³⁷ y Malma Trading.³⁸

En Carlos Reisz y Cía c Gobierno Nacional, el Tribunal encontró que las condiciones de especialidad fijadas en Establecimientos Gratry se cumplían.³⁹ Se trataba de un contrato entre un particular y el Ministerio del Ejército, en el que el primero se obligaba a vender una cantidad determinada de avena al ente gubernamental. Sin embargo, los valores del producto variaron como consecuencia de un decreto dictado por el Poder Ejecutivo cuatro días después de firmado el contrato; la empresa contratante reclamó judicialmente la indemnización por el mayor precio que se vio obligada a pagar por la avena. El Tribunal rechazó la aplicación analógica que el juez de primera instancia hizo de la Ley Nro. 13.064 y encuadró el caso en la doctrina de Establecimientos Gratry, la cual permitía el resarcimiento “sin necesidad de recurrir a principios legales que rigen otros contratos administrativos”.⁴⁰

Quince años más tarde, en S.A. Corporación Inversora Los Pinos v. Municipalidad de Buenos Aires (en adelante, “Los Pinos”), la Corte volvió a encontrar el “sacrificio especial”. La empresa actora era titular de una autorización para explotar un alojamiento por horas y la Municipalidad de Buenos Aires revocó esa autorización en ejercicio de sus poderes de policía y por razones de moralidad pública. Los actos estatales en cuestión eran dos decretos municipales: la autorización se había otorgado en el año 1964 y la revocación en 1967. La Corte decidió que la restricción al dominio efectuada en nombre

³⁵ El término “regla” es utilizado aquí como sinónimo de lo que, en nuestro medio, se suele llamar “doctrina” de un caso o de una línea de casos.

³⁶ CSJN, “Carlos Reisz y Cía c/Gobierno nacional s/cobro de pesos”, 14/10/1960, *Fallos* 248:79.

³⁷ CSJN, “S.A. Corporación Inversora Los Pinos v. Municipalidad de Buenos Aires”, 22/12/1975, *Fallos* 293:617. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=12013>.

³⁸ CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/Estado Nacional -Ministerio de Economía, y Obr. Y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento”, 15/05/2014, *Fallos* 337:548. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7078161&cache=1682975932037>.

³⁹ Recordemos que esas condiciones no fueron enumeradas en dicho precedente ni en “Arrupé”.

⁴⁰ CSJN, “Carlos Reisz y Cía c/Gobierno nacional s/cobro de pesos”, considerando 9.

del interés público era “sustancial”. También afirmó que “el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad, no es propio que sea soportado únicamente por aquella; lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional”.⁴¹ El fundamento constitucional que la Corte dio para la afirmación recién citada y la definición del daño sufrido como uno infligido “en beneficio de la comunidad” permiten inferir que el tribunal se refirió a lo que comúnmente llamaba “sacrificio especial”.⁴²

Por último, en el caso Malma Trading, la actora había celebrado un contrato con una empresa japonesa para la importación de 6.000 ciclomotores usados. Una vez celebrado el contrato, la actora recibió un primer embarque de poco más de 1000 ciclomotores; dos meses después, el Ministerio de Economía dictó una resolución que prohibía la importación de ciclomotores usados. La fórmula que allí se usó para describir los daños susceptibles de reparación es la de “consecuencias anormales” que el perjudicado no tiene obligación de tolerar o que excedan los límites razonables en materia de limitación de derechos.⁴³ La Corte decidió que uno de los rubros reclamados por la actora cumplía las condiciones de especialidad requeridas para la procedencia de la responsabilidad del Estado. Consideró que era un daño sufrido por la actora y no se trataba de una consecuencia “normal” que el perjudicado tuviese la obligación de tolerar.⁴⁴

Entonces, de la lectura de estos tres últimos precedentes: ¿qué hace que un daño, perjuicio o sacrificio sea *especial*? Desmenucemos los hechos de los casos en busca de similitudes relevantes. En Carlos Reisz el damnificado tenía un contrato con un ente gubernamental nacional cuyas condiciones fueron afectadas como consecuencia del accionar del Estado Nacional; sin embargo, en Los Pinos y Malma Trading los contratos

⁴¹ CSJN, “S.A. Corporación Inversora Los Pinos v. Municipalidad de Buenos Aires”, considerando 12.

⁴² Es destacable que esta formulación del sacrificio tuvo un tratamiento secundario en el caso, cuyo foco estuvo en los límites que los derechos a la libertad y la propiedad imponían al ejercicio del poder de policía de la Municipalidad de Buenos Aires.

⁴³ CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/Estado Nacional -Ministerio de Economía, y Obr. Y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” considerando 10, segundo párrafo: “(...) sólo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales – vale decir, más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones a los derechos patrimoniales -, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar”. La Corte cita, entre paréntesis, los fallos Juillerat y Roman S.A.C..

⁴⁴ Se trataba de los 42.000 dólares abonados por la actora en concepto de “anticipo a cuenta no recuperado”, monto que representaba el 10% “del valor integral del contrato a cuenta del precio total y como principio de ejecución (...) que no fue por ella recuperado” (CSJN, “Malma Trading S.R.L. c/Estado Nacional - Ministerio de Economía, y Obr. Y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento”, considerando 12, párrafo 2).

eran entre privados. Por consiguiente, podemos descartar que el tipo de contrato influya en la especialidad del daño.

En Los Pinos puede argumentarse que la revocación de la autorización para explotar un hotel alojamiento fue un acto estatal dirigido exclusivamente contra la titular del derecho y eso haría que el daño sea “especial” o fuera de lo común. Pero en los otros dos casos se trató de actos estatales de alcance general: un decreto que cambió el precio de la avena en Carlos Reisz y una resolución que prohibió la importación de ciclomotores usados en Malma Trading.

Otra alternativa prometedora es afirmar que el “sacrificio especial” puede existir sólo cuando la actividad estatal hubiera afectado una actividad comercial: la importación de motos en Malma Trading, la importación de avena en Carlos Reisz y la explotación de un hotel alojamiento en Los Pinos. Sin embargo, aceptar esta condición implicaría dejar afuera a otros casos donde la Corte analizó la procedencia de la responsabilidad estatal por actos lícitos y no había actividad comercial, como Juillerat, Buenos Aires Eximport o Columbia S.A. de Ahorro. Por ello, parece adecuado descartar a la afectación de una actividad comercial como condición para que un perjuicio sea especial.

En definitiva, es muy difícil encontrar las propiedades de aquello que la Corte Suprema –y, desde su sanción, el artículo 4.º de la Ley Nro. 26.944– llama “sacrificio especial”. Luego de repasar con detenimiento la jurisprudencia, y ante las respuestas vacilantes que ella ofrece, se tiene la sensación de estar nuevamente en el punto de partida.

III. La vaguedad del “sacrificio especial”, reglas y estándares

Hemos visto que el concepto estudiado fue introducido en el derecho argentino por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego receptado en una ley del Congreso Nacional. Pero, dado que de la jurisprudencia reseñada no obtuvimos mayor determinación de qué es el “sacrificio especial” en el contexto de la responsabilidad del Estado, nos serviremos de las herramientas que brindan la filosofía del lenguaje y del derecho.

En primer lugar, una característica del “sacrificio especial” es su vaguedad. En particular, dado que “sacrificio” suele asimilarse a “daño” o “perjuicio” en la jurisprudencia de la Corte, la palabra “especial” es la más vaga de las dos. Es así que, frente a palabras como “calvo”, “alto”, “joven” o “anciano”, Genaro Carrió enseña que “hay casos centrales o típicos frente a los cuales nadie vacilaría en usar la palabra, y casos

claros de exclusión respecto de los cuales nadie dudaría en no usarla”.⁴⁵ El obstáculo más frecuente, según dicho autor, se da en aquellos casos que no están en los extremos y existen en la “zona de penumbra”.⁴⁶ Esta descripción, como veremos, no se corresponde con el “sacrificio especial”.

En segundo lugar, es de utilidad la distinción entre reglas y estándares,⁴⁷ a la que Frederick Schauer propone entender como una cuestión de ubicación dentro de un espectro de vaguedad y precisión.⁴⁸ De ese modo, una norma se ubica más cerca del extremo “regla” si es más precisa y da menos lugar a la discrecionalidad, y se ubicaría más cerca del extremo “estándar” si sus términos son más vagos y otorgan mayor margen de acción a quien decide.⁴⁹ Otra característica que los distingue, según Ward Farnsworth, es que una regla no suele exigir una explicación sobre por qué se aplica, mientras que un estándar sí.⁵⁰ La línea que divide a los sacrificios “especiales” de los “normales” u “ordinarios” es más difusa que, por ejemplo, aquella que divide la velocidad permitida de la prohibida en una ruta, y su determinación es más parecida a la decisión de si un conductor fue “imprudente” o no. Por cómo está formulado, podemos afirmar que el “sacrificio especial” es un concepto vago que se asemeja más a un estándar que a una regla.

⁴⁵ Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, (Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2006), pp. 31-32.

⁴⁶ Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 31-32. Ver, también, p. 34: “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a la otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una *zona de penumbra* sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe.” (Énfasis añadido).

⁴⁷ En el derecho administrativo es frecuente distinguir entre “facultades regladas” y “facultades discrecionales”; ver, por ejemplo, Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho administrativo. Parte General.*, t. 1, (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo; 1997), pp. X-13-X-15.

⁴⁸ Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, (Boston: Harvard University Press, 2012), p. 190: “en vez de pensar en una distinción entre reglas y estándares, quizás sea mejor pensar en una ubicación dentro de un continuo vaguedad-precisión; “¿Cuán vaga?” y “¿Cuán precisa?” pueden ser preguntas mucho más útiles que preguntarse si una directiva es más parecida a una regla o a un estándar”. (Traducción del autor).

⁴⁹ Aplicar una norma que fija la velocidad máxima para conducir un auto en una ruta difiere de decidir sobre la negligencia del conductor del auto: mientras que las consecuencias de la infracción de la velocidad permitida –una multa– se desencadenan una vez verificado su “predicado fáctico”, la segunda exige una determinación previa por parte del encargado de aplicarla (si el conductor fue imprudente o no). Respecto del “predicado fáctico” de las reglas, ver Frederick Schauer, *Las reglas en juego*, trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez (Madrid: Marcial Pons, 2004), p. 81.

⁵⁰ Ward Farnsworth, *The Legal Analyst: a toolkit for thinking about the law* (Chicago: Chicago University Press, 2009), p. 166.

Ahora bien, tanto la vaguedad como el espectro de reglas y estándares nos acercan a un problema central en esta materia: la dificultad que existe para encontrar un caso claro o típico de un “sacrificio especial” a partir de los precedentes de la Corte Suprema. Vimos que en Establecimientos Gratry el tribunal decidió que el perjuicio alegado no era especial y remitió a las “condiciones de especialidad” del fallo Arrupé –donde tampoco había un caso claro ni surge una descripción–. Los precedentes en los que no se encontró ofrecen muchos criterios y muy distintos entre sí para determinar su inexistencia.⁵¹ Por último, los casos Carlos Reiz, Los Pinos y Malma Trading, donde la Corte sí encontró el “sacrificio especial”, no ofrecen nitidez a las condiciones bajo las cuales se lo puede encontrar o los elementos que lo componen.

Desde el punto de vista de la vaguedad del lenguaje, la dificultad mencionada precedentemente es paradójica, puesto que el problema habitual no suele ser imaginar casos claros de aplicación o exclusión de una palabra –como en el caso del “sacrificio especial”–, sino determinar su aplicación en la “zona de penumbra”.⁵² Ello tiene su correlato en el análisis del funcionamiento de un estándar, donde contar con un caso central o típico parece asumirse como el punto de partida para poder adentrarse en los problemas que generan los casos difíciles.⁵³ No obstante, de los precedentes de la Corte Suprema no surge con claridad cuál es el “sacrificio especial” y qué lo distingue de un sacrificio normal u ordinario. Si aceptamos –como afirma Farnsworth– que los estándares exigen que el decisor brinde explicaciones a la hora de su aplicación, también es posible concluir que las explicaciones que se encuentran en la jurisprudencia analizada son insuficientes.⁵⁴

V. Reflexiones finales

⁵¹ Ver el capítulo II.B del presente.

⁵² Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 34.

⁵³ Hart usa como ejemplo una prohibición de ingreso de vehículos a un parque y afirma que “[h]abrará por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (‘Es indudable que un automóvil es un vehículo’). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (‘La palabra “vehículo”, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?’)”. Más adelante, afirma con contundencia: “[p]or supuesto, aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es, o no es, una ‘tarifa o precio justo’ o un ‘sistema seguro.’” H. L.A. Hart., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), pp. 158 y 164, respectivamente.

⁵⁴ Farnsworth, W., *The Legal Analyst...*, p. 166.

El presente trabajo, al presentar el régimen de la responsabilidad estatal por actividad lícita, comenzó por poner en contexto al “sacrificio especial”. Sin embargo, a medida que se hizo foco en la jurisprudencia de la Corte Suprema que trató la procedencia de este requisito, se hizo patente la dificultad para encontrar un caso claro o típico. En efecto, habiéndose cumplido ochenta y cinco años del fallo Establecimientos Gratry y nueve años de la sanción de la Ley Nro. 26.944, aún no se sabe cuáles son los contornos de aquella figura que llamamos “sacrificio especial” o siquiera el método del que se puede servir un decisor para determinar su existencia.

A pesar de la persistente falta de determinación de este concepto en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en los tres precedentes analizados en los que el tribunal encontró que había un “sacrificio especial” hay un denominador común: la afectación a la actividad comercial de los reclamantes. Aunque este ensayo descartó que esta sea una condición aplicable a todos los casos donde se deba probar que se sufrió un sacrificio de este tipo, su presencia en los casos referidos puede ser un indicio de éxito para futuros litigantes.

Por otro lado, detrás del objetivo que se propuso este trabajo subyace otro tema de gran importancia para el sistema jurídico, que es el problema de la discrecionalidad judicial. Queda por investigar cuáles son las condiciones bajo las que ella se puede ejercer conforme a derecho.

En este sentido, existe un ejemplo del derecho comparado que es útil para pensar en los estándares y los límites al ejercicio de la discrecionalidad judicial. La Corte Suprema de Estados Unidos tuvo una serie de casos vinculados a la libertad de expresión y a las demostraciones de obscenidad. En uno de ellos, los jueces se encerraron en una habitación a ver una película pornográfica para determinar si era obscena o no; de ese episodio surgió la famosa cita del Juez Potter Stewart, quien dijo que a la obscenidad “la reconozco cuando la veo”.⁵⁵ Puede ser un ejemplo paradigmático de discrecionalidad judicial en materia de estándares, pero, con un ojo más crítico, podemos cuestionar con dureza este método por ser opaco y poco preciso. Después de todo, que un juez “vea” que algo es obsceno no nos acerca a tener certeza respecto de qué puede fallar otro juez (o el mismo) el día de mañana; no nos da certeza, en definitiva, acerca de las normas que gobiernan nuestra conducta.

⁵⁵ Noah A. Feldman y Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law* (St. Paul: Foundation Press, 2019), p. 1058. El caso en cuestión es *Jacobellis v. Ohio*, de 1964.

No es imprescindible que todas las normas del sistema jurídico se parezcan más a reglas que a estándares. Habrá veces en las que se optará por otorgar mayor margen de acción al decisor de mañana, y otras en las que queremos que la decisión a tomar esté más constreñida de antemano. Ahora bien, si nos tomamos en serio la idea de que la responsabilidad estatal por actos lícitos encuentra su fundamento en las protecciones otorgadas por la Constitución Nacional al derecho a la propiedad y a la igualdad, vale la pena ser más exigentes con la determinación de qué es el “sacrificio especial”. Para evitar que la especialidad de este sacrificio sea como la obscenidad vista por el Juez Potter Stewart, conviene que las decisiones del futuro hagan un esfuerzo por precisar qué es o, al menos, cómo se puede determinar. De esa manera se estarán tomando precauciones para que el ejercicio de la discrecionalidad en esta materia no se confunda con el ejercicio de la arbitrariedad.

Bibliografía

- Bianchi, Alberto B., “La doctrina del ‘sacrificio especial’ en la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en UBA, Facultad de Derecho, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, pp. 391-400. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- Bianchi, Alberto B., “La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (En búsqueda de una síntesis)”, TR LA LEY AR/DOC/3350/2021, 1 - LA LEY2022-A, 85.
- España, Hernán M. “El alcance de la reparación en la nueva ley de responsabilidad estatal”. Manuscrito no publicado.
- Farnsworth, W. *The Legal Analyst: a toolkit for thinking about the law*. Chicago: Chicago University Press, 2009.
- Feldman, Noah A. y Sullivan, Kathleen M., *Constitutional Law*. St. Paul: Foundation Press, 2019.
- Gordillo, Agustín A. *Tratado de Derecho administrativo, Parte General*, T. 1., 4ta Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997.
- Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Traducido por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

Hutchinson, Tomás (Director) y Taraborelli, Alejandro (Coordinador). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho administrativo. Responsabilidad del Estado*. T. I, Vol. 7. La Ley, Buenos Aires: 2013.

Lo Giudice, Diego A., “La responsabilidad por actos lícitos en la Ley de Responsabilidad del Estado”, TR LALEY AR/DOC/615/2021.

Schauer Frederick, *Las reglas en juego*. Traducido por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Schauer, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Boston: Harvard University Press, 2012.