

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Daniel M. Nallar - María Jeanmeret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Denise L. Bloch - Ezequiel Cassagne - Analía Conde - Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Fernando E. Juan Lima - Jorge I. Muratorio - Marisa L. Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

FEBRERO 2013

85

Director

Juan Carlos Cassagne

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)

Christian Pielow (Alemania)

Karl-Peter Sommermann (Alemania)

Odete Medauar (Brasil)

Fabio Medina Osorio (Brasil)

Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)

Tucumán 1471 (C1050AAC),

Cdad. de Buenos Aires, Argentina

Vitor Rhein Schirato (Brasil)

Felipe de Vivero (Colombia)

Jorge Enrique Ibáñez Najjar (Colombia)

Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)

Consuelo Sarria (Colombia)

Alejandro Vergara Blanco (Chile)

Tomás Ramón Fernández (España)

Editor

Leandro T. Pacheco Barassi

José Luis Martínez López-Muñiz (España)

Santiago Muñoz Machado (España)

Luis Martín Rebollo (España)

Franck Moderne (Francia)

Pierre Subra de Bieusses (Francia)

Carlo Marzulli (Italia)

Domenico Sorace (Italia)

Aldo Travi (Italia)

Luciano Vandelli (Italia)

Luis José Bejar Rivera (México)

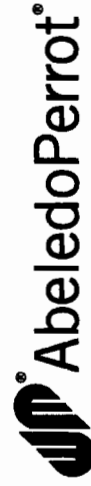
Jorge Danós Ordóñez (Perú)

Richard Martin Tirado (Perú)

Lino Torgal (Portugal)

Allan R. Brewer-Carias (Venezuela)

Víctor Hernández Mendible (Venezuela)



Redacción

Pablo G. Gilmann

LAS EXPROPIACIONES DE FUENTE REGULATORIA (*REGULATORY TAKINGS*). PERSPECTIVAS, EN ESPECIAL, EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LÍCITO

por ESTELA B. SACRISTÁN

I. PLANTEO. PLAN DE EXPOSICIÓN*

El tema que motiva estas líneas es el de las *regulatory takings* de la jurisprudencia estadounidense y sus eventuales perspectivas en el derecho argentino. Puedo adelantar que el tema, además de resultar fascinante, es de por sí importante: no todos los días se aborda una cuestión jurídica poseedora de su propia *webpage*; tal la página www.regulatorytaking.com.

A fin de un adecuado abordaje epistemológico del tema asignado, volcaré estas anotaciones en el siguiente orden. En primer lugar y más allá de la evidencia empírica, es necesario fijar un acuerdo sobre los términos a emplear pues esa expresión foránea no sería de sencilla traducción y ésta es necesaria para la comprensión de un perfil preliminar del instituto a encarar (acáp. II). En segundo lugar, dado que se está ante una figura creada por la práctica jurisprudencial del Máximo Tribunal estadounidense en el orden federal resulta útil una mirada ligera sobre alguna jurisprudencia anterior a su creación, sobre el o los casos fundadores de la doctrina y el desarrollo posterior (acáp. III), para desembocar en las definiciones de índole económica que esos precedentes brindan (acáp. IV). Y puedo adelantar que, en este punto, hay una doctrina que jugó un rol trascendente en la generación o creación, por exclusión o di-

* Versión escrita de la comunicación “Las expropiaciones de fuente regulatoria (*regulatory takings*) en el derecho comparado. Perspectivas en el derecho argentino”, efectuada en el Instituto de Derecho Administrativo (Juan Carlos Cassagne, dir.) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, el 7/8/2012, y de la exposición que, con el mismo título, realicé en el Seminario de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Héctor A. Mairal y Luis F. Lozano, coords.), Buenos Aires, el 18/9/2012. Agradezco la generosidad de ambas invitaciones, así como los comentarios producidos por los asistentes al mencionado seminario.

ferenciación, de las *regulatory takings* y sus consecuencias. Concluida esta primera sección de la exposición me acercaré, ya en la segunda sección, a dos cuestiones que creo relevantes: por un lado, las aplicaciones concretas de la doctrina de las *regulatory takings* (acáp. V), la búsqueda de institutos similares en otros sistemas jurídicos (acáp. VI) y, finalmente, la indagación en las posibles “vías de ingreso” de esa especial clase de *takings* podría tener en el ordenamiento argentino (VII) en un marco amplio, considerando la teoría de la responsabilidad del Estado, para elaborar las correspondientes conclusiones y valoración final (acáp. VIII).

Cierro esta brevísima introducción reiterando que la doctrina de las *regulatory takings* nació y toma forma a partir de una nutrida familia de precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y por ello parecería evidente que estas anotaciones sólo abrevarán en la jurisprudencia emanada de ese tribunal. Empero, a fin de proveer adecuada comparación y contraste, también haré menciones tangenciales de otros sistemas de derecho, incluyendo el francés y el alemán, utilizando, como referente, el ordenamiento argentino.

II. ACOTACIONES TERMINOLÓGICAS E HISTÓRICAS

Desde el punto de vista terminológico, la expresión foránea que nos ocupa es pasible de muchas y diferentes traducciones: “privación de la propiedad, de fuente regulatoria”, “expropiación de fuente regulatoria”, “expropiación regulatoria” pues, como se recordará, el término *taking* es equivalente a expropiación. Incluso algún autor¹ ha utilizado la expresión “regulación expropiatoria”, aun a sabiendas de que, al así hacer, convertía un adjetivo o calificativo en sustantivo y, viceversa, un sustantivo con forma de gerundio, en adjetivo o calificativo. En ese contexto, me pregunto si se podría proponer, también, la traducción “regulación expropiante”. Parecen demasiadas las opciones de traducción.

1. Una opción

Personalmente, prefiero la expresión “expropiación de fuente regulatoria” pues: i) se mantiene la adjetivación de *regulatory* y la sustantivación o nominalización por gerundio de *taking*, con lo que el agente de la acción respectiva es, claramente, la regulación; ii) se equipara a la regulación con la respectiva fuente (regulatoria), para brindar mayor precisión a ese agente de expropiación; iii) se adopta un sustantivo —expropiación— de ribetes constitucionales conocidos, a sabiendas de que otras expresiones, enderezadas a designar otras privaciones de la propiedad —exacción, confiscación, secuestro, entre otras— poseen un régimen legal específico en nuestro sistema de derecho y en el derecho comparado.

¹ DELAVEAU SWETT, Rodrigo, “La regulación expropiatoria en la experiencia norteamericana”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, nro. 3, 2006, ps. 411-438, esp. p. 411, en su nro. 1: “No pretendemos hacer un debate lingüístico sobre si la traducción literal del concepto es expropiación regulatoria o regulación expropiatoria. Simplemente, utilizamos esta última en cuanto resulta más claro afirmar que es la regulación la que expropia, en vez que sea la expropiación la que regula”.

En el campo del derecho internacional, las fuentes parecerían referirse a las *regulatory takings* mediante diversas expresiones, que enumero, pero cuya asimilación no comparto. Así, la doctrina advierte: “Existen varias denominaciones en competencia para describir privaciones que no son fácilmente identificables: expropiaciones *de facto*, expropiaciones furtivas, expropiaciones de fuente regulatoria, expropiaciones indirectas, y situaciones equivalente a expropiaciones, sólo por mencionar algunas” (“There are several labels competing to describe deprivations that are not easily identifiable: *de facto* expropriations, creeping expropriations, regulatory takings, indirect expropriations, and situations tantamount to expropriations, just to name a few”)².

En la dirección semántica en la que ya estamos, además, es lógico preguntarse si, al aludirse a “fuente regulatoria”, la referencia abarca sólo la “fuente formalmente reglamentaria” o las otras fuentes, como la ley formal, las ordenanzas, entre otros supuestos.

Incluso si consideramos las dos clásicas acepciones del término “derecho”³, esto es: i) derecho como motivador de conductas y ii) derecho como un medio para la interpretación de las conductas, deteniéndonos en la primera, podríamos llegar a creer que “fuente regulatoria” o “regulación” es “todo el derecho” y no solamente lo que tiene forma de reglamento.

2. Una autocontradicción

A su vez, reglamentar o regular —o, estrictamente, reglar— es sinónimo de poder de policía en el sentido de limitar derechos⁴, lo que nos llevaría a la fuerte vinculación genética que posee el instituto que estudiamos con la idea de poder de policía: se trataría de una expropiación o privación de la propiedad, emanada del ejercicio del poder regulatorio o poder de policía. Pero hete aquí que una regulación de policía, emitida conforme a derecho, nunca podría ser una expropiación y, una regulación de policía que viole el sistema de derecho, menos aún. Es que, cuando se está ante una antinomia —y la expresión *regulatory taking* lo es— se produce una autocontradicción mediante razonamientos aceptados⁵: en lo jurídico, mediante silogismos aparentemente válidos.

² MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law. The BIT Generation*, Hart, Oxford - Portland, 2009, p. 231, y su nota 2.

³ Las recepta GUIBOURG, Ricardo A., *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 14.

⁴ Por todos, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. IV, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, § 3087, p. 153, y su cita de SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1964, p. 98. Más modernamente, en similar tesitura, GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, t. I, 4ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 90.

⁵ Acerca de cuándo una antinomia deviene paradoja, ver WATZLAWICK, Paul - BEAVIN BAVELAS, Janet - JACKSON, Don D., *Pragmatics of Human Communication*, W. W. Norton, New York - London, 2011, p. 169, con cita de Quine.

3. Presupuesto epistemológico

Así las cosas, dada la extensión que se espera en estas reflexiones y por la simple razón de que constituirá un suficiente punto de acometida, puedo utilizar, como presupuesto epistemológico, un concepto de regulación conforme al cual ésta deviene una “decisión de alcance general, emanada de un poder constituido y reconocido como legítimo”. A esta caracterización se podría sumar, a la luz de las dos acepciones del término “derecho” ya mencionadas, el calificativo “utilizable en la motivación o interpretación de conductas”.

En cuanto a la mentada antinomia —entre regulación y expropiación, de alcance general, la primera, de alcance particular, la segunda⁶—, en seguida veremos cómo ésta se clarifica perdiendo toda nota de contradicción, al darse un vistazo diacrónico a los precedentes jurisprudenciales que reseñaré.

4. Locke. Hobbes

Cierro estas fugaces ideas iniciales con una referencia al esquema normativo-constitucional e interpretativo sobre el que se apoya la doctrina que nos reúne.

Ese esquema se origina en el # 29, *Magna Carta*, que establece que “[n]inguna persona libre será... privada de su libre propiedad o de sus libertades...”. A partir de esa previsión, sabemos que nacieron dos tradiciones⁷ alrededor de los derechos de propiedad: la de Locke, defensor de la propiedad y de las libertades en general⁸, y la de Hobbes, que permite el accionar estatal enderezado a afectar las libertades o la

⁶ Así las visualiza POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 4ª ed., Little Brown, Boston - Toronto - London, 1992, p. 60.

⁷ A estas dos tradiciones, receptadas a su turno también en la Argentina, se suma la rousseauiana; ampliar en DALLA VIA, Alberto R., *Manual de derecho constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 195 y ss.

⁸ Enseña John Locke, en el segundo de sus *Two Treatises on Government* (1680-1690), cap. 4, dedicado a la propiedad: “§ 21. The natural liberty of man is to be free from any superior power on earth, and not to be under the will or legislative authority of man, but to have only the law of Nature for his rule”. Y agrega en el cap. 5 de ese segundo *Treatise*...: “§ 25. God, who hath given the world to men in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of life and convenience. The earth and all that is therein is given to men for the support and comfort of their being. ...§ 26. Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a ‘property’ in his own ‘person’. ...The ‘labour’ of his body and the ‘work’ of his hands, we may say, are properly his. ...§ 27. ...And it is plain... (t)hat labour put a distinction between them and common. That added something to them more than Nature, the common mother of all, had done, and so they became his private right. ...We see in commons, which remain so by compact, that it is the taking any part of what is common, and removing it out of the state Nature leaves it in, which begins the property, without which the common is of no use. And the taking of this or that part does not depend on the express consent of all the commoners. Thus, the grass my horse has bit, the turfs my servant has cut, and the ore I have digged in any place, where I have a right to them in common with others, become my property without the assignation or consent of anybody. The labour that was mine, removing them out of that common state they were in, hath fixed my property in them”.

propiedad en beneficio de la comunidad⁹. Esas dos tradiciones habrían confluído en la quinta enmienda de la Constitución estadounidense. Dicha confluencia se verifica en la cláusula de las *takings*, por un lado, afirmando que no hay privación de propiedad para uso público sin justa indemnización; en otras palabras, Hobbes y el correspondiente freno. Y, como segundo elemento confluente —en el que se divisa a Locke y su garantía—, la cláusula del *debido proceso*, tal que sólo con el debido proceso sustantivo se pueda “tomar” la vida, la libertad o la propiedad de alguien, esto es, privar a alguien de alguno de esos tres bienes.

Un detalle —de tenor semántico, perdón la insistencia— que no puedo evitar soslayar es que el término *taking*, en la concepción de Locke, se refiere a “tomar” o sustraer los bienes de la masa común, para apropiárselos¹⁰. Empero, el sentido de *taking*, adoptado en la norma fundamental norteamericana, es el hobbesiano, en el sentido de “apropiación por parte del soberano”¹¹. A todo evento, la justificación de una *taking*, en el sistema constitucional estadounidense, hace posible “evitar que unos pocos lleven la carga que, con justicia, debe llevar el público”, carga que, en la visión hobbesiana, significaba protección ante la guerra y que hoy posee otros significados que exceden, por lejos, la mera defensa común.

⁹ Explica Thomas Hobbes, en su *De Cive* (1651): “The foundation therefore which I have laid standing firm, I demonstrate in the first place, that the state of men without civil society (which state we may properly call the state of nature) is nothing else but a mere war of all against all; and in that war all men have equal right unto all things; Next, that all men as soon as they arrive to understanding of this hateful condition, doe desire (even nature itself compelling them) to be freed from this misery. But that this cannot be done except by compact, they all quit that right which they have unto all things. Furthermore I declare, and confirm what the nature of compacts is; how and by what means the right of one might be transfer’d unto another to make their compacts valid; also what rights, and to whom they must necessarily be granted for the establishing of peace, I mean what those dictates of reason are, which may properly be term’d the Laws of nature; and all these are contain’d in that part of this book which I entitle Liberty. These grounds thus lay, I show farther what civil government, and the supreme power in it, and the divers kinds of it are; by what means it becomes so, & what rights particular men, who intend to constitute this civil government, must so necessarily transfer from themselves on the supreme power, whether it be one man, or an assembly of men, that except they doe so it will evidently appear to be no civil government, but the rights which all men have to all things, that is the rights of tarre will still remain”.

¹⁰ Así, en el texto transcrito en nota 9.

¹¹ Así, en HOBBS, Thomas, *Leviathan*, cap. XVIII *in fine*: “(T)he greatest pressure of sovereign governors proceedth, not from any delight or profit they can expect in the damage weakening of their subjects, in whose vigour consisteth their own strength and glory, but in the restiveness of themselves that, unwillingly contributing to their own defence, make it necessary for their governors to draw from them what they can in time of peace that they may have means on any emergent occasion, or sudden need, to resist or take advantage on their enemies”. Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Cathedra, Buenos Aires, 2009, ps. 112-114.

5. Epstein

En cuanto a la aparición de lo que conocemos como *regulatory takings*, y sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial que en seguida veremos, puedo puntualizar que Epstein, en un artículo de 1997¹², aludía a tres clases de *takings*: i) las invasiones físicas de la propiedad o *takings* físicas; ii) las tarifas confiscatorias; iii) las *takings* regulatorias o *regulatory takings*.

El mismo autor, en un libro de 2008¹³, se refería a i) *takings* físicas; ii) *takings* regulatorias y iii) otros supuestos, consistentes en tarifas y propiedad intelectual. Es importante hacer hincapié en este enfoque doctrinario, pues la Corte Suprema estadounidense, en algunos de sus fallos, siguió, muy de cerca, la doctrina del citado jurista. Y es coincidiendo con esta clasificación básica que puedo enfrentar el acápite siguiente.

III. EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE

La jurisprudencia sobre *regulatory takings* puede ordenarse, cronológicamente, en cuatro etapas. Dada la extensión de este trabajo mencionaré, de cada etapa, aquellas sentencias que resultan más claras y representativas a efectos de la caracterización que constituye el objeto de esta primera sección de este trabajo.

1. Etapa I

La primera etapa —suerte de prehistoria de las *regulatory takings*— comprende dos sentencias importantes generadas en los casos “Pumpelly” y “Mugler”, respectivamente. En “Pumpelly v. Green Bay Co.”¹⁴, de 1872, apareció consagrada la *taking*, no ya explícita sino implícita. En el caso se demandaba por los daños derivados de una inundación en las propias tierras, generada por la obra estatal de construcción de un dique. La Corte Suprema afirmó que la justa indemnización no se originaba en que el gobierno privaba al dueño de su título, sino en el daño irreparable y permanente de los derechos del propietario, y diferenció expropiación explícita y expropiación implícita.

En el segundo caso referenciado, de 1887, “Mugler v. Kansas”¹⁵, se impugnaron las restricciones a las ventas de bebidas alcohólicas en los bares. En el caso, la Corte dejó sentada una regla que, posteriormente, adoptará aristas infinitas: que no hay indemnización por legítimo ejercicio del poder de policía. Esta tesis, sumada a la obra

¹² EPSTEIN, Richard A., “Takings: Of Property Common and Private”, *University of Chicago Law Review*, vol. 64, nro. 21, 1997, cit. por SIDAK, J. Gregory - SPULBER, Daniel F., *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract. The Competitive Transformation of Network Industries in the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 213.

¹³ EPSTEIN, Richard A., *Supreme Court Neglect. How to Revive Constitutional Protection for Private Property*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁴ 80 US 166 (1871).

¹⁵ 123 US 623 (1887).

de Freund¹⁶, originó la justificación constitucional del poder de policía, que por ese entonces era de salubridad, moralidad. Y aunque en la Argentina esa tesis tuvo una pro- genie inusitada —como veremos—, en los Estados Unidos adoptó un derrotero exacta- mente contrario, de la mano del Máximo Tribunal. Ese derrotero tan distinto inaugura la segunda etapa.

2. Etapa II

En la segunda etapa del desarrollo jurisprudencial de las *regulatory takings* apare- ce el caso fundador de la doctrina respectiva: “Pennsylvania Coal Co. v. Mahon”¹⁷, de 1922, usualmente llamado “Mahon”.

En el caso, una ley regulaba en materia de explotación de minas: exigía que los mineros se abstuvieran de extraer el 100% del carbón localizado en minas ubicadas debajo de hogares. La ley del Estado diferenciaba propiedad de la superficie, por un lado, y propiedad del subsuelo, por el otro, con posibles distintos dueños. El Estado de Pennsylvania alegaba que la ley sancionada constituía legítimo ejercicio del poder de policía. Holmes, con el brillo que caracterizaba sus opiniones y con los clásicos golpes de efecto de sus afirmaciones, sentenció: la regulación se había “excedido”, genera- do una *taking*: “En tanto aplicada al caso, se admite que la ley destruye derechos de propiedad y contractuales preexistentes. El interrogante es si el poder de policía pue- de ser así extendido... La regla general, al menos, es que, al tiempo que la propiedad puede ser regulada en cierta medida, si la regulación va demasiado lejos, será reco- nocida como una *taking*. Se podrá poner en duda hasta dónde llegan los casos excep- cionales, como hacer explotar una vivienda para frenar un incendio —y, si van más allá de la regla general—, la cuestión de si no se apoyan tanto en los principios como en la tradición...” (“As applied to this case the statute is admitted to destroy previously exist- ing rights of property and contract. The question is whether the police power can be stretched so far... The general rule, at least, is that, while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far, it will be recognized as a taking. It may be doubted how far exceptional cases, like the blowing up of a house to stop a conflagra- tion, go —and, if they go beyond the general rule—, whether they do not stand as much upon tradition as upon principle...”).

De tal modo, no alcanzaba con la simple invocación del poder de policía estatal, como afirmaba casi dogmáticamente la disidencia de Brandeis en el fallo citado¹⁸: “Pero aun cuando predominen los hechos específicos, la ley debería, en mi opinión,

¹⁶ FREUND, Ernst, *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan, Chicago, 1904. Allí, en ps. 2-3, afirma que “el término policía nunca ha sido claramente deter- minado. Significa a la vez un poder y una función del gobierno, un sistema de reglas y una orga- nización y una fuerza administrativa... (D)el conjunto de decisiones en las que se ha discutido la naturaleza del poder, y concedida o denegada su aplicación, es posible inferir al menos dos atributos o características principales que caracterizan al poder de policía: ayudar directamente a asegurar y promover el bienestar público, y actuar por restricción y compulsión”. Temperamen- to —en mi opinión, autoritarista— que ha sido reseñado en LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia...*, cit., t. IV, p. 150.

¹⁷ 260 US 393 (1922).

¹⁸ 260 US 393 (1922).

ser convalidada en el caso. Pues el demandado ha fracasado en aducir cualquier evidencia de la que surja que restringir sus operaciones de minería resulta un irrazonable ejercicio del poder de policía...” (“But even if the particular facts are to govern, the statute should, in my opinion be upheld in this case. For the defendant has failed to adduce any evidence from which it appears that to restrict its mining operations was an unreasonable exercise of the police power...”).

Así las cosas, si bien en pleno ejercicio de la discrecionalidad judicial o libertad de apreciación judicial se consagró una conceptualización jurídica indeterminada pero determinable judicialmente, ciertas regulaciones estatales, v.gr., las que se excedían, no podían ser justificadas so color de ejercicio del poder de policía¹⁹.

Salvo por un caso de 1969, “Goldblatt”²⁰ —en el que, por ordenanza, se le impedía a la empresa continuar explotando una cantera, ordenanza que fuera convalidada por la Corte Suprema por no haberse demostrado que la regulación “impedía cualquier uso económico de su propiedad”—, el período que corre hasta 1977 no ofrece casos de *regulatory takings* que fueran fallados por ese tribunal, o bien los casos no suscitaron el *certiorari*.

3. Etapa III

La tercera etapa ofrece el segundo de los tres fallos de la Corte Suprema estadounidense que delinear el objeto de estas reflexiones. Se trata de un caso decidido en 1978, usualmente denominado “Penn”²¹ por referirse a la Penn Central Transportation Company, en el cual una ley local, de conservación de lugares históricos de la ciudad, impedía el alquiler del espacio aéreo para la construcción de un edificio de cincuenta y tres pisos encima de la estación terminal que explotaba la compañía. Este fallo es importante por haber creado el concepto de *taking* parcial y por haber brindado un formidable andamiaje analítico que hoy se sigue empleado para determinar la configuración de una *regulatory taking*.

Si bien en el caso no se hizo lugar al planteo de los propietarios, que querían dar en locación el espacio aéreo superior a la estación, este fallo fija el denominado “test tripartito” de análisis de las regulaciones como la del caso. Según dicho test tripartito: i) hay que analizar el carácter de la acción administrativa; si la invasión física es permanente, ello será el factor determinante. Además, ii) hay que comparar la extensión de la interferencia con las expectativas económicas razonables de la inversión del particular: se debe analizar la razonabilidad del reclamo²². Por último, iii) aparece el problema del denominador (entre nosotros, “factor”): de tal modo, al analizarse

¹⁹ Ampliar en EPSTEIN, Richard A., voz “*Takings*”, en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, t. III, Macmillan, London, 1998, en ps. 561-569, esp. p. 567.

²⁰ 369 US 590 (1969).

²¹ 438 US 104 (1978).

²² Advierto —entiendo— aquí una manifestación del denominado balancing test, que ha sido pasible de reservas por parte de la doctrina. Véase HENKIN, Louis, “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, *Columbia Law Review*, vol. 78, junio 1978, ps. 1022 y ss.; del mismo autor, véase, asimismo, voz “*Balancing*”, en AA.VV., *The Guide to American Law*, vol. 2, West, St. Paul, 1983, p. 23.

el impacto económico de la acción estatal, se concluye en que a) el espacio aéreo no puede tener tratamiento por separado ya que se trata de un lugar histórico, de una manzana entera; b) si bien era cierto que había disminuido el valor de la terminal misma, resultaba inadmisibles que tuviera que indemnizarse toda restricción pues, de así hacerse, se invalidarían todas las leyes del país destinadas a la preservación de sitios históricos; c) la ley no afectaba el uso actual de la terminal, sino que sólo prohibía el uso del espacio aéreo por parte de cualquier persona; por tanto, d) si la terminal podía seguir siendo usada como hasta entonces, brindando una rentabilidad razonable sobre la inversión oportunamente efectuada, la ley no se “excedía” como sí se había excedido en “Mahon”.

En la etapa que nos ocupa, que corre hasta casi 1990, hubo pluralidad de sentencias de la Corte Suprema en las que, o bien se dio por configurada la expropiación de fuente regulatoria, fallándose sobre la cuestión de fondo, o se reenvió el caso para que se dictara nuevo pronunciamiento, habiendo la Corte Suprema detectado algún extremo, de la sentencia anterior, dañino a los intereses del propietario. Así, p. ej., en “Loretto”²³, de 1982, la Corte ordenó que se dictara nueva sentencia pues —en un caso en el que una ley impedía, a los dueños de edificios, oponerse a la colocación de cajas, cables y cableado de televisión por cable en sus edificios— no se había advertido la “ocupación física permanente” que sufrirían los inmuebles. Otro ejemplo surge de “Nollan”²⁴, de 1987, caso en el que se crea el concepto de “condición inconstitucional”: por cinco a cuatro —con opinión mayoritaria liderada por Scalia—, la Corte Suprema resolvió indemnizar a los dueños de lotes sobre la playa pues la normativa les exigía constituir una servidumbre de paso a través de su propiedad como condición previa a la obtención del permiso para construir. Aparece aquí el concepto de exacción o de “condición inconstitucional”: para la municipalidad, la constitución de esa servidumbre era beneficiosa, pero la respectiva condición era contraria al orden constitucional. En 1987, en el caso “Primera Iglesia Evangélica Luterana”²⁵, por seis a tres, con opinión mayoritaria redactada por Rehnquist, se decidió que el municipio debía indemnizar a la iglesia por una ordenanza, sancionada después de una gran inundación, que impedía construir o reconstruir propiedades en áreas inundadas.

En esta etapa —vale la pena destacarlo— no todo fue un lecho de rosas para los propietarios. En 1987, en “Keystone Bituminous Coal Association”²⁶ se creó el exigente estándar de “impracticabilidad de la actividad”: en un caso muy similar a “Mahon”, y por cinco a cuatro, se rechazó la demanda de una empresa carbonífera que impugnaba una ley de Pennsylvania por la cual —para asegurar el soporte de las construcciones en la superficie— se limitaba la explotación por encima del 50% del carbón ubicado debajo de edificios comerciales y del gobierno, inmuebles residenciales y cementerios. Todo, para evitar los hundimientos del suelo. La Corte Suprema observó que la asociación actora no había alegado que se le hiciera comercialmente impracticable la minería: no había demostrado que cualquiera de sus minas ya no pudiera ser operada con rentabilidad positiva. Y concluyó en que la regulación “no se había excedido”.

23 458 US 419 (1982).

24 483 US 825 (1987).

25 482 US 304 (1987).

26 480 US 470 (1987).

4. Etapa IV

La cuarta etapa de este apresurado recorrido jurisprudencial brinda el que considero tercer fallo fundador de la doctrina de las *regulatory takings*. Se trata de “Lucas v. Consejo Costero de Carolina del Sur”²⁷, trascendente fallo de 1992, que posee su página web de actualización²⁸ y acerca del cual se siguen escribiendo libros²⁹. En esta sentencia se crea la categoría de *taking* categórica, así como la de *taking* total, esto es, la “destrucción total del valor económico” del bien, v.gr., la destrucción del 100%. Por cierto, esa privación —indemnizable— no tenía que ser por razones de poder de policía legítimo, es decir, por razones de salubridad, seguridad, etc. Veamos cuáles fueron los hechos del caso.

Lucas había comprado, por U\$S 1.000.000, dos lotes sobre la playa, en 1986. En 1988 se sancionó una ley estadual que prohibía las construcciones en los lotes sobre la playa. En primera instancia se determinó que los lotes habían perdido todo su valor. Eventualmente, el Superior Tribunal estadual revocó la decisión anterior. La Corte Suprema, por seis a tres, revocó la sentencia del Superior Tribunal estadual, en opinión mayoritaria liderada por Scalia, y devolvió el caso para que fuera fallado nuevamente. En el caso, se contrastó el poder de policía con la privación total de la propiedad³⁰. La Corte Suprema detectó una *taking* categórica y explicó que ésta podía adoptar dos formas: i) invasión física de la propiedad y, aun cuando la invasión fuere mínima, se exigiría constitucionalmente una indemnización; ii) negación, por medio de una regulación, de todo uso económicamente beneficioso o productivo de la propiedad. Asimismo, la Corte Suprema se expidió sobre tres principios de relevancia: i) la doctrina del sacrificio, en tanto si se sacrifica *todo* uso económicamente beneficioso, v.gr., si la propiedad queda “económicamente al garete”, hay *taking*; ii) la expectativa y su protección, incluso con inversión del *onus* tal que el Estado sólo podía evitar pagar la indemnización demostrando que el interés en el uso, ahora proscripto, no formaba parte del título *ab initio*; iii) el principio de especialidad, basado en la casuística, que nos dice que no hay una fórmula universal para definir la *regulatory taking*.

En esta cuarta y última etapa hubo otros casos, apelados por el propietario, devueltos para que volvieran a ser fallados: “Yee v. Escondido”³¹, de 1991, por no haber sentencia definitiva; “Dolan v. City of Tigard”³², de 1994, sobre camino de sirga, reenviado en tanto, al establecer restricciones al uso del suelo que afectan la propiedad privada, los gobiernos locales y estaduales debían: i) demostrar que la restricción lleva un propósito público y legítimo y, ii) al imponer la restricción, debían fijar una “ligera proporcionalidad” entre la restricción y el daño que se quería evitar; “Apfel”³³, de 1998, en el que se decidió que había *taking* generado por la Ley de Beneficios de Sa-

²⁷ 505 US 1003 (1992).

²⁸ www.dartmouth.edu/~wfischel/lucasupdate.html (5/12/2012).

²⁹ P. ej., WALDRON, Jeremy, *The Rule of Law and the Measure of Property*, *The Hamlyn Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

³⁰ O'BRIEN, David M., *Constitutional Law and Politics*, t. II, 7ª ed., W. W. Norton, New York, 2008, ps. 306 a 311.

³¹ 503 US 519 (1992).

³² 512 US 374 (1994).

³³ 524 US 498 (1998).

lud para Jubilados de la Industria Carbonífera, norma que establecía un mecanismo para proveer fondos para servicios de salud: los iban a proveer las empresas que se habían beneficiado con la mano de obra o trabajo de los trabajadores que habían empleado, tal que la empresa actora iba a tener que sufragar los servicios de salud de mil trabajadores que habían sido sus empleados antes de 1966 y que les habían sido asignados; “Palazzolo”³⁴, de 2001, caso en el que, con tierras compradas por el propietario de 1962, y leyes de 1971 que le impedían al dueño de las tierras efectuar desarrollos inmobiliarios, se devolvió el caso para que el tribunal inferior volviera a dictar sentencia, considerando, entre otros extremos, que i) no importaba que las leyes limitativas fueran anteriores o posteriores a la adquisición de las tierras pues “las normas irrazonables no dejan de serlo por el paso del tiempo”; ii) una inteligencia en contrario implicaría dejar desprotegidas todas las transferencias de propiedad posteriores a la sanción de la ley limitativa³⁵, entre otros.

En síntesis, pueden verse, en este acápite, cuatro etapas, cada una con sus precedentes paradigmáticos, creadores de la doctrina que motiva estos párrafos: en la primera, los que reglan sobre el poder de policía y diferencian la expropiación explícita e implícita; en la segunda, el caso fundador, “Mahon”, en el que había habido un “exceso” en el ejercicio del poder de policía; en la tercera, el caso que fija el criterio de ver si se afectaba o no la “rentabilidad razonable” —“Penn”³⁶— y el que reconocía y rechazaba las “condiciones inconstitucionales” —“Nollan”³⁷—; y, en la cuarta, los casos que confrontan ejercicio del poder de policía con privación total o integral de la propiedad —“Lucas”³⁸— o con contratación forzosa —“Apfel”³⁹—.

IV. DEFINICIONES ECONÓMICAS

La jurisprudencia reseñada en la sección precedente le ha permitido a Epstein⁴⁰ elaborar una suerte de programación de camino crítico, conforme a la cual hay dos clases de *takings*: *takings* o expropiaciones físicas y *takings* o expropiaciones regulatorias. Las físicas son aquellas en las que se priva, al dueño, de la ocupación presente o futura de su propiedad. Las regulatorias —o de fuente regulatoria, diría— son aquellas en las que no se ve afectada la posesión de la propiedad, sino que se restringe el uso y/o la disposición de esa propiedad. Cuando se está ante una restricción, hay que preguntarse, según el autor citado, si esa restricción (estatal, estadual) constituye una *taking*. En caso negativo, estamos fuera del ámbito de la doctrina que estudiamos. En caso afirmativo, hay que preguntarse si esa restricción está justificada bajo el poder de policía. La pregunta acerca de si la restricción está justificada bajo el poder de policía genera un supuesto negativo y otro afirmativo. En el supuesto negativo,

³⁴ 533 US 606 (2001).

³⁵ BURCAT, Joel R. - GLENCER, Julia M., *The Law of Regulatory Takings: Part. I. Development of the Law*, Kirkpatrick & Lockhart LLP, Boston, 2002, p. 11.

³⁶ 438 US 104 (1978).

³⁷ 483 US 825 (1987).

³⁸ 505 US 1003 (1992).

³⁹ 524 US 498 (1998).

⁴⁰ EPSTEIN, Richard A., *Supreme Court...*, cit., p. 97.

es decir, cuando la regulación no se halla justificada por el poder de policía, si media uso público, deberá haber compensación, y si no media uso público, se deberá bloquear el accionar estatal y volver las cosas al *status quo ante*. En cambio, en el supuesto afirmativo, justificada que sea la restricción bajo el poder de policía, no habrá compensación alguna.

La compensación o indemnización correspondiente es analizada, desde la perspectiva económica, por Miceli y Segerson⁴¹. Los autores citados brindan cuatro escenarios distintos para darle contorno a esa compensación, tales los criterios de propósito, naturaleza, impacto y economía, y ponen en juego precedentes ya mencionados en este trabajo.

1. Propósito

En un primer escenario, que es el de “Mugler”⁴², no habrá indemnización por ejercicio legítimo del poder de policía, esto es, el destinado a velar por la salud, la salubridad, la moralidad, etc. Aquí, el factor principal es el propósito o la finalidad de la regulación. Tal criterio se reitera en “Penn” casi cien años después⁴³.

2. Naturaleza de la regulación estatal

El segundo escenario es el que ofrece “Lucas”⁴⁴, caso en el que la Corte Suprema sigue a Epstein, apuntando a la naturaleza de la regulación. Allí se afirma que la regulación que impide una actividad —que estaría prohibida bajo las leyes que velan por la salud, la salubridad, la moralidad, la seguridad— no genera indemnización alguna. Ello, aun cuando se reduzca el valor de la propiedad. Así, mientras en el párrafo anterior se apreciaba el propósito o finalidad de la regulación, aquí se aprecia la naturaleza de ésta.

3. Impacto

El tercer escenario conlleva analizar el impacto de la regulación en el propietario, y surge de “Mahon”, de 1922. Cuando Holmes alude a que la regulación “se excedió”, se estaría colocando, sobre el escenario, un test de disminución del valor. La pregunta acerca de cuándo disminuye ese valor estaría respondida en “Penn”⁴⁵: el valor disminuye cuando la regulación frustra expectativas respaldadas por inversiones, generando una *taking*.

⁴¹ MICELI, Thomas J. - SEGERSON, Kathleen, voz “*Compensation for Regulatory Takings*”, en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary...*, cit., t. I, ps. 360-363, esp. p. 363.

⁴² 123 US 623 (1887).

⁴³ MICELI, Thomas J. - SEGERSON, Kathleen, voz “*Compensation for Regulatory Takings*”, cit., esp. p. 360.

⁴⁴ 505 US 1003 (1992).

⁴⁵ 438 US 104 (1978).

4. Economía

Este cuarto escenario sería, según Miceli y Segerson, esencialmente reglable, y eliminaría las indeterminaciones ínsitas en los tres criterios anteriores. Así, podría propiciarse que habrá indemnización cuando la disminución sea igual o superior a cierto umbral:

$$C = \zeta V, \text{ si } \zeta V =$$

Y la indemnización será igual a cero si la disminución no alcanzase ese umbral:

$$C = \emptyset, \text{ si } \zeta V < T$$

Entiendo que serían la ley —o, en su caso, la práctica jurisprudencial— las encargadas de fijar ese umbral⁴⁶.

V. APLICACIONES CONCRETAS

Puede advertirse la aplicación, de la doctrina que motiva estas líneas, al campo de las tarifas, así como en el de las desregulaciones y en algunos laudos arbitrales y tratados de comercio.

1. Tarifas

La doctrina se ha explayado sobre los efectos de *taking* de fuente regulatoria que se habrían alcanzado —con la asistencia de la doctrina de la deferencia⁴⁷—, con posterioridad al fallo “Hope” de 1944⁴⁸.

En efecto, se ha sostenido, desde una interesante y casi polémica plataforma que, al acotarse el ámbito de revisión judicial de las tarifas y al respetarse, por ende, la decisión administrativa tal que ninguna tarifa fuera invalidada con posterioridad a ese fallo de 1944⁴⁹, habrían quedado convalidadas tarifas que, en los hechos, venían a privar de la propiedad, esto es, tarifas que constituían una *taking* regulatoria. Así, un fallo

⁴⁶ Para los topes y el piso de la reparación de daños derivados de la actuación lícita del Estado y sus límites constitucionales, ver el original enfoque de LOZANO, Luis F., “La reparación del lucro cesante provocado por el obrar lícito del Estado, la Ley de Expropiaciones y los concesionarios de servicios”, RAP, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, La Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 2005, nro. 326, ps. 381-390, esp. p. 387.

⁴⁷ Acerca de esta doctrina, también creada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, puede verse: BIANCHI, Alberto B., “El control judicial bajo la doctrina de la deferencia”, en AA.VV., *Control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 2ª ed., Rap, Buenos Aires, 2009, ps. 583-634.

⁴⁸ Acerca de la importancia de este fallo y sus efectos capitalizadores de la decisión regulatoria administrativa, ver BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 343 y ss. (“reducción del ámbito de control judicial en esta materia”); SACRISTÁN, Estela B., *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, ps. 241 y ss. (“abdicación judicial”).

⁴⁹ Es sumamente ilustrativo, en este punto, el artículo de PIERCE (Jr.), Richard J., “Public Utility Regulatory Takings: Should the Judiciary Attempt to Police the Political Institutions?”, *Georgetown Law Journal*, vol. 77, agosto 1989, p. 2031.

que no brindaba precisiones —el precitado “Hope”— vino a dificultar o ensombrecer la labor de revisión judicial de ese *rulemaking* tan especial que son las tarifas, en especial, la revisión judicial enderezada a analizar disminuciones en el valor del negocio.

2. Desregulaciones

La doctrina —en especial Sidak y Spulber⁵⁰— también ha analizado los efectos equivalentes a una *taking* regulatoria que habría sido originada en las desregulaciones.

Como esas desregulaciones proceden —al igual que las tarifas— de regulaciones estatales o gubernamentales, quedamos, en este supuesto, frente a lo que podría denominarse *deregulatory takings* o expropiación de fuente desregulatoria.

Muchos ejemplos de expropiaciones de fuente desregulatoria pueden ser mencionados⁵¹: invasiones físicas de instalaciones, p. ej., con cajas para televisión por cable, al estilo de las del caso “Loretto”⁵², en el cual se sostuvo que “una ocupación física permanente, autorizada por el gobierno, es una *taking*, sin perjuicio de los intereses públicos que pueda perseguir”; *unbundling* mandatorio, por mandato del regulador, esto es, subsegmentación vertical del negocio, como podría ser el caso de la subdistribución de gas⁵³; obligación de interconexión, punto culminante de toda desregulación de telefonía⁵⁴; compra directa al generador, sufragando un peaje o función técnica de transporte y consecuente definición del perfil del gran usuario que puede hacer esa compra directa⁵⁵; establecimiento de un competidor estatal o de propiedad pre-

⁵⁰ SIDAK, J. Gregory - SPULBER, Daniel F., *Deregulatory Takings...*, cit., ps. 226 y ss.

⁵¹ Ampliar, asimismo, en SIDAK, J. Gregory - SPULBER, Daniel F., *Deregulatory Takings...*, cit.,

⁵² 458 US 419 (1982).

⁵³ En nuestro país, tal subsegmentación no puede afectar los derechos preexistentes del licenciatario. Cfr. la sabia reglamentación de la ley 24.076, dec. 1738/1992, art. 1º, que define: “‘Subdistribuidor’: significa la persona física o jurídica (i) que opera tuberías de Gas que conectan un Sistema de Distribución con un grupo de usuarios, o (ii) que opera tuberías de gas que conectan un Sistema de Transporte con un grupo de usuarios y ha sido declarado Subdistribuidor por el Ente ya sea por encontrarse operando tales instalaciones a la fecha de sanción de la Ley, o por ser sucesor en los derechos de quien así se encontraba, o por haber entrado en operación posteriormente sin vulnerar los derechos del Distribuidor de la zona en que opera”. Por ende, el subdistribuidor de este último supuesto nunca puede entrar en operaciones si no han quedado incólumnes los derechos del distribuidor. Ampliar, asimismo, en TAWIL, Guido S., “Problemas actuales de la concesión del servicio público”, en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2007, ps. 325-336, esp. p. 326.

⁵⁴ Ver, para nuestro país, dec. 764/2000, que contiene cuatro reglamentos: 1. el Reglamento de licencias para servicios de telecomunicaciones; 2. el Reglamento nacional de interconexión o RNI; 3. el Reglamento general de servicio universal o RGSU y 4. el Reglamento sobre administración, gestión y control del espectro radioeléctrico.

⁵⁵ Al sustraer del universo de clientes de la distribuidora a quien adquiere directamente la energía del transportista, sufragando un peaje, se vienen a afectar los derechos de propiedad de la distribuidora sobre dicho universo. Ver C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 4/10/2000, “Edesur v. Estado Nacional”, causa 47.668/1994, en la cual, sin embargo, se consideró, en especial, que la firma efectuó sus cálculos y formuló su oferta en la licitación conociendo las es-

ponderantemente estatal, merecedor de adjudicaciones directas⁵⁶; permitir la coexistencia de un competidor inesperado en el marco de lo que se conoce como “la tragedia de las *telecomms*”, cuál sería el caso del usuario que migra, para pasar a efectuar llamadas o video llamadas por medio del programa *Skype* o de la aplicación *Facetime*.

Todas estas muestras de desregulación, en tanto “regulatoriamente” creadas o toleradas, provocan disminuciones en el valor del negocio, afectando económicamente el giro o actividad y las inversiones respectivas. Y éstas podrán haber sido previstas *ab initio* —como sería el caso ya mencionado, entre otros, de migración de usuarios de distribuidoras eléctricas por encuadrar en el módulo redefinido de “gran usuario”⁵⁷— o no —cual fuera el caso de *Skype* o *Facetime* para nuestras licenciatarias de la red de telefonía fija—. Por ello Sidak y Spulber insisten en que, a efectos de determinar la existencia de *takings* de fuente desregulatoria, resulta menester ver el respectivo contrato regulatorio⁵⁸.

También se ha alegado *taking* de fuente desregulatoria en ocasión de “unitización” o de *pooling*⁵⁹, y de allí es que, cuando se genera la obligación de vender, se exige que el precio sea justo. Este supuesto es de interés y se contrapondría a casos de hiperfragmentación de la propiedad. En aquéllos, disminuiría el valor para el propietario, al tiempo que en éstos aumentaría desproporcionadamente.

3. Laudos arbitrales

Quien ha estudiado con profundidad las *takings* de fuente regulatoria, en el campo de los arbitrajes de inversión, es Minorini Lima⁶⁰. Una reflexión liminar que suscitan los muchos precedentes del International Centre for Settlement of Investment Dispu-

pecificaciones técnicas involucradas en ella; de tal suerte, en el marco del planteo de la actora, de responsabilidad del Estado por su obrar lícito —dictado del acto por el cual se disminuía la potencia mínima para ser considerado gran usuario, res. SE 322/1993— no procedía el cobro de los daños y perjuicios, ya que a) la distribuidora conocía la organización del respectivo mercado y sus cargas; b) la distribuidora sabía que la determinación de quienes eran grandes usuarios estaba establecida en forma “provisional” en una resolución de 1992; c) dicha determinación estaba comprendida en las facultades reglamentarias de la Secretaría de Energía. Ampliar en nuestro *Régimen de las tarifas...*, cit., p. 147.

⁵⁶ Un hipotético ejemplo surgiría de Enarsa, creada por ley 25.943, bajo el dec. 1023/2001, art. 25.d).8, con adjudicación simple interadministrativa, dec. 893/2012, art. 27, bajo las definiciones del art. 19 de este último decreto, cuando el monto estimado del contrato no sea el parámetro que se utilice para elegir el procedimiento de selección, arg. art. 34 de este último decreto.

⁵⁷ Ver nota 56.

⁵⁸ SIDAK, J. Gregory - SPULBER, Daniel F., *Deregulatory Takings...*, cit., ps. 146-147, contrato que se halla protegido frente a los perjuicios generados por el obrar estatal.

⁵⁹ La Corte Suprema del Estado de Oklahoma sostuvo que el organismo administrativo, habilitado para actuar bajo la ley estadual de *pooling* obligatorio, podía ordenarle, a un propietario de tierras rebelde, a participar o forzosamente vender su cuota al operador por un precio justo: “Anderson v. Corporation Commission”, 327 P.2d 699, 702-03 (1957).

⁶⁰ MINORINI LIMA, Ignacio, *Los derechos de propiedad y la expropiación regulatoria (un análisis del derecho a la indemnización)*, tesina defendida en marzo de 2007 para optar al título

tes (Icsid) que cita, en materia de expropiación indirecta es —una vez más— una de tenor semántico: los laudos —producidos en los casos llevados ante ese tribunal en razón de congelamientos tarifarios generados por la ley 25.561 en nuestro país— evitan apoyarse en la noción de *taking* de fuente regulatoria; adoptan, en cambio, la noción de expropiación indirecta, con sus efectos similares a una expropiación por producirse una “disminución del valor económico de la inversión”.

Más allá del aspecto terminológico y, dado que los reclamantes esgrimían, entre otros argumentos, la concreción de una u otra figura dañina a sus derechos de propiedad, pienso que pueden extraerse cuatro conceptualizaciones distintas respecto de esa clase de expropiación, de interés específico para la adecuada delimitación del concepto que nos ocupa.

Primero, por aplicación del criterio de “afectación sustancial” se afirmó que “sin una privación permanente y severa de los derechos de LG & E con respecto a su inversión..., el Tribunal concluye que las circunstancias expuestas no constituyen expropiación”⁶¹.

Segundo, el criterio de “privación sustancial”, a efectos de ver si el goce de la propiedad había sido restringido, fue aplicado por el tribunal interviniente en forma restringida, para arribar a la conclusión de que no había habido expropiación en tanto el reclamante “seguía en control de la inversión”. De tal modo, evitó analizar si había mediado “afectación de una parte significativa” de la inversión⁶².

Un tercer criterio, casi más exigente que los dos ya mencionados, es el que ha exigido un “efecto devastador” en las medidas causantes del gravamen. Al verificar que el reclamante seguía en control de la inversión y al corroborar que las medidas no habían tenido un efecto devastador sobre la viabilidad financiera del negocio quedó rechazado el reclamo expropiatorio⁶³.

Por último, en un cuarto caso, dada la “no coincidencia” entre reclamante y Estado demandado en punto al reclamo por expropiación, se rechazó el rubro correspondiente a la expropiación indirecta, haciéndose lugar al reclamo bajo la denominada *umbrella clause*⁶⁴.

Con similar temperamento, en otro precedente, producido en el marco del North American Free Trade Agreement (Nafta o Tratado Norteamericano de Libre Comercio),

de magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral, acreedora de la máxima calificación (iné dita), cuyo tribunal examinador tuvo el honor de integrar.

⁶¹ “In the Proceedings between LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., LG & E International Inc. (Claimants) and Argentine Republic (Respondent)”, Icsid Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3/10/2006, 200.

⁶² “In the Proceedings between CMS Gas Transmission Company (Claimant) and The Argentine Republic (Respondent)”, Icsid Case No. ARB/01/8, Award, 14/7/2006, 263.

⁶³ “In the Proceedings between Azurix Corp. (Claimant) and The Argentine Republic (Respondent)”, Icsid Case No. ARB/01/12, Award, 12/5/2005, 321.

⁶⁴ Acerca de esta cláusula, ampliar en TAWIL, Guido S., su “Prólogo”, en YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras: tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. XV, así como en el cap. VIII.2 de dicha obra.

se afirmó que “la mera interferencia con los derechos de propiedad no es expropiación salvo que [aquella] sea muy restrictiva”⁶⁵.

4. Tratados de comercio

Tal vez donde más se ha destacado la doctrina de las *regulatory takings* y sus definiciones jurisprudenciales es en su recepción por parte de la práctica convencional internacional.

Puedo traer a colación la incorporación de los principios y las definiciones ya repasados en el acáp. III, *supra*, en especial los emergentes de “Penn”⁶⁶ (test tripartito) y “Lucas”⁶⁷ (casuística; exigencia de privación total), a un tratado bilateral de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos⁶⁸. Veamos, en especial, lo destacado en la siguiente transcripción:

“Las Partes confirman su común entendimiento que

“1. (*omissis*).

“2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de *propiedad tangible o intangible* o con los atributos o facultades *esenciales* del dominio de una inversión.

“3. El art. 10.9 –1– aborda dos situaciones. La primera es la *expropiación directa*, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

“4. La segunda situación abordada por el art. 10.9 –1– es la *expropiación indirecta*, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

“ (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una *situación de hecho específica*, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación *factual, caso a caso*, que considere entre otros factores:

“ (i) el *impacto económico* del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre *el valor económico* de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

“ (ii) la medida en la cual la acción del gobierno *interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión*; y

“ (iii) el *carácter* de la acción gubernamental.

“ (b) Salvo en circunstancias excepcionales, *no* constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la *salud pública, la seguridad y el medioambiente*”.

⁶⁵ “Pope & Talbot”, www.appletonlaw.com/cases/P&T-INTERIM%20AWARD.PDF, párrs. 96, 102, cit. en laudo y lugar cit. nota 63, *supra*.

⁶⁶ 438 US 104 (1978).

⁶⁷ 505 US 1003 (1992).

⁶⁸ Conf. MONTT, Santiago, *State Liability...*, cit., p. 287.

Lo destacado torna patente la recepción convencional-normativa de la caracterización efectuada en los dos fallos mencionados de la Corte Suprema norteamericana y, en general, la vocación de expansión de la doctrina de las expropiaciones de fuente regulatoria o *regulatory takings*.

VI. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO NORMATIVO Y LAS EXPROPIACIONES DE FUENTE REGULATORIA

De la jurisprudencia hasta aquí reseñada surge que, en todos los casos, había una medida de alcance general en juego: ley, ordenanza, ley estadual u otra norma⁶⁹. Ello nos conduce a reparar en aquel ordenamiento extranjero que ha servido para que, en nuestro país, se elaborara la doctrina de la responsabilidad del Estado —nacional, provincial, municipal— por acto normativo. Me refiero al sistema de derecho francés.

1. Derecho francés

La doctrina de la responsabilidad del Estado por acto normativo, legislativo o de alcance general, nos enseña, en primer lugar, que hay consecuencias —de todas esas clases de decisiones lícitas de alcance general— que, cumplidos ciertos requisitos, deben ser indemnizadas o compensadas. Los precedentes que nos ofrece el derecho francés son hartos conocidos: “La Fleurette”⁷⁰, “Compagnie Générale”⁷¹, “Caucheteux”⁷². Se trata de supuestos en los que la ley podría, expresamente, excluir o desplazar la responsabilidad; supuestos en los que, si la ley fue dictada por un interés económico y social realmente general y objetivo, no habrá indemnización —con todos los ecos del norteamericano “Mugler”⁷³—, como sería el caso de una ley que prohibiera la exportación de arte; supuestos —en fin— en los que el perjuicio especial del reclamante es un perjuicio calificado, anormalmente grave.

De tal modo, los elementos constitutivos de la responsabilidad por acto legislativo, receptados en nuestro país (v.gr., daño, relación de causalidad, imputabilidad al Estado, norma lícita, ausencia de deber de soportar el daño, y el debatido recaudo de sacrificio especial⁷⁴, esto es, que el daño lo sufra alguien en especial)⁷⁵, permitirían la

⁶⁹ SIDAK, J. Gregory - SPULBER, Daniel F., *Deregulatory Takings...*, cit., p. 3.

⁷⁰ Del 14/1/1938, “Société anonyme des produits laitiers ‘La Fleurette’”, Rec. 25, en LONG, Marceau - WEIL, Prosper - BRAIBANT, Guy - DELVOLVÉ, Pierre - GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ª ed., Dalloz, Paris, 2009, p. 311.

⁷¹ Del 14/1/1938, “Compagnie générale de grande pêche”, Rec. 23, cit. en LONG, Marceau - WEIL, Prosper - BRAIBANT, GUY - DELVOLVÉ, Pierre - GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, cit., p. 314.

⁷² Del 21/1/1944, “Caucheteux et Desmots”, Rec. 291, cit., en LONG, Marceau - WEIL, Prosper - BRAIBANT, Guy - DELVOLVÉ, Pierre - GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts...*, cit., p. 380.

⁷³ 123 US 623 (1887).

⁷⁴ Acerca de este recaudo, ver BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del ‘sacrificio especial’ en la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 391-400.

⁷⁵ Por todos, CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 10ª ed. actual. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 418-419.

construcción de una importante vía de ingreso de las *regulatory takings* en la Argentina, pues: i) toda la jurisprudencia estadounidense reseñada hace a actos de alcance general; ii) se ha fundado la responsabilidad estatal, por acto normativo, en las reglas generales que gobiernan a la expropiación, equivalente local de las *takings*; iii) el alcance semántico dado a las *regulations* que causaran la expropiación en los precedentes estadounidenses reseñados antes es similar al de norma o ley en sentido amplio, o al de acto de alcance general, legislativo o reglamentario.

En esta escena, muchos de los precedentes de la Corte Suprema argentina, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito⁷⁶, aparecen como derechamente asimilables a sus pares estadounidenses: “Los Pinos”⁷⁷, de 1975, semeja los casos de *regulatory takings* en que estaban comprometidas normas de urbanización, como “Lucas”⁷⁸ o “Palazzolo”⁷⁹; “Winkler”⁸⁰, de 1983, con sus intrusos e imposibilidad legal de desalojo, semeja a la clásica *taking* física o invasión que priva del goce en forma permanente a tenor de “Loretto”⁸¹; los casos “Cambios Teletour”⁸², “Columbia”⁸³, “Buenos Aires Eximport”⁸⁴, “Revestek”⁸⁵, entre otros, vienen a ser los ejemplos locales de afectación de la legítima confianza depositada al momento de hacer la inversión de “Penn”⁸⁶ (sin perjuicio de las confiscatorias soluciones que algunos de ellos obtuvieran); “Motoronce”⁸⁷ y la prohibición de que haya estaciones de servicio debajo de edificios de departamentos coloca, en el tapete, el poder de policía de salubridad —como en “Mugler”⁸⁸— *versus* expropiación —como en “Lucas”⁸⁹ o “Palazollo”⁹⁰—.

2. Derecho alemán

Me permito puntualizar que esta última inteligencia también aparece en el derecho alemán, ya que, si la carga regulatoria recae marcadamente sobre un propietario en particular, privándolo de la disposición de su propiedad, y si todos los beneficios de la regulación son exigibles por el público, entonces el Estado estará obligado a in-

⁷⁶ Todos analizados en BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos jurídicos-patrimoniales de los actos normativos lícitos*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.

⁷⁷ Fallos 286:360 (1973).

⁷⁸ 505 US 1003 (1992).

⁷⁹ 533 US 606 (2001).

⁸⁰ Fallos 305:1045 (1983).

⁸¹ 458 US 419 (1982).

⁸² Fallos 310:203 (1987).

⁸³ Fallos 315:1026 (1992).

⁸⁴ Fallos 316:397 (1993).

⁸⁵ Fallos 318:1531 (1995).

⁸⁶ 438 US 104 (1978).

⁸⁷ Fallos 312:659 (1989).

⁸⁸ 123 US 623 (1887).

⁸⁹ 505 US 1003 (1992).

⁹⁰ 533 US 606 (2001).

demnizar al propietario. Por el contrario, no deberá indemnizar si una regulación uniformemente impuesta confiere beneficios a todos los propietarios al tiempo que cobra limitados costos a todos en pos del bien común⁹¹.

En otras palabras, para la jurisprudencia alemana, el Estado actúa injustamente si obliga a un individuo a sacrificar sus derechos esenciales en pos del bien común, pero si un individuo afectado por una regulación general es parte del público y se beneficia con la regulación, se espera también que se haga cargo de sus costos, en cuyo caso sus pérdidas no son compensables⁹². A ello se suma, en el ordenamiento germano, la regla, similar a la de “Mahon”, de que la regulación no puede llegar a ser intolerable⁹³. Sin embargo, la doctrina opina que, en general, Alemania ha sido refractaria a “Mahon”, apegándose a “Mugler”⁹⁴.

VII. EL ART. 51.C), LEY DE EXPROPIACIONES, Y OTROS SUPUESTOS NO ALCANZADOS POR “FRIAR SA”

Amén de la vía de ingreso de las *regulatory takings* a nuestro ordenamiento de la mano francesa de la doctrina de la responsabilidad del Estado por acto lícito, normativo o de alcance general y su similar alemana, habría —en mi opinión— otras dos vías mencionables.

1. Expropiación irregular

Por un lado, considero pertinente reparar en el art. 51, Ley de Expropiaciones argentina, que permite divisar los elementos constitutivos de las expropiaciones de fuente regulatoria o *regulatory takings* en el instituto que conocemos como expropiación irregular. Establece ese artículo: “Procede la acción de expropiación irregular en los siguientes casos: ...c) Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad”.

Se advierte, en este inciso, la cualidad de la expropiación indirecta, avizorada en el carácter implícito de la expropiación en “Pumpelly”⁹⁵, citado en el acáp. III, y delineada en los laudos arbitrales mencionados en el acáp. V, *supra*. Se trata de lesiones al derecho de propiedad causadas por una restricción estatal indebida o una limitación estatal indebida. Interesa destacar que no se exige lesión total como la privación total de “Lucas”⁹⁶, sino una mera lesión.

⁹¹ KOMMERS, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª ed. rev. and exp., Duke University Press, Durham - London, 1997, ps. 253-254.

⁹² KOMMERS, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence...* cit., ps. 253-254.

⁹³ KOMMERS, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence...* cit., p. 254, con cita del caso de los viñedos, 21 BverfGE 150 (1967).

⁹⁴ CURRIE, David P., “Republication - Lochner Abroad: Substantive Due Process and Equal Protection in the Federal Republic of Germany”, *German Law Journal*, vol. 9, nro. 12, 2008, ps. 2179 y ss., esp. p. 2189 y su nota 67.

⁹⁵ 80 US 166 (1871).

⁹⁶ 505 US 1003 (1992).

2. Más allá de “Friar SA”

Advierto una vía de ingreso para la doctrina foránea que nos ocupa en la denominada doctrina “Friar SA”⁹⁷: estrictamente, en los supuestos de la realidad no comprendidos por el *holding* de ese fallo.

Como recordaremos, en ese precedente la Corte Suprema argentina encaró los efectos de la regulación desde la teoría del poder de policía, v.gr., es decir, desde esa facultad estatal genérica que le permite al Estado regular y restringir derechos, como antes señalaba. Y desde tal atalaya afirmó, con efectos amplios, infinitos, dogmáticos, respecto del acto de alcance general de prohibición de exportación: “Como regla, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización. Si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en ejercicio del poder de policía de salubridad, sería imposible gobernar”⁹⁸.

Esta interpretación ha sido calificada —en opinión que comparto— de sumamente discutible por no dejar “pistas” para poder avizorar cuándo procede la indemnización o compensación⁹⁹. Personalmente, entiendo que salubridad es un término demasiado amplio para no merecer alguna clase de delimitación a efectos de que su amplitud no elimine, de hecho, todo supuesto de procedencia de la responsabilidad estatal por decisión normativa. Además, no bastaría con sostener, a efectos de rechazar el reclamo del perjudicado, que el interés protegido por la norma sea tan sólo “preeminente, como el caso de la salud pública”¹⁰⁰.

La —tercera y última— vía de ingreso que propongo estaría dada por la construcción de una suerte de expropiación regulatoria por exclusión. En efecto, entiendo que el *holding* de este fallo —tan carente de confines y, en cierto modo, desactualizado al tornar letra viva la tesis de Freund de comienzos del siglo XX y abandonada por la Corte Suprema estadounidense ya en 1927 con su decisión en “Mahon”¹⁰¹— permite inferir, *a contrario sensu*, que sí corresponderá indemnizar cuando se esté ante extremos fácticos distintos del de “Friar”, es decir, ante:

⁹⁷ “Friar S.A v. Estado Nacional —Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y Senasa s/daños y perjuicios (ordinario)—, Fallos 329:3966 (2006).

⁹⁸ “Friar S.A”, cit., mayoría de los Dres. Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti; en disidencia, las Dras. Highton de Nolasco y Argibay. Ampliar, sobre este fallo, en el meduloso ensayo de MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado en el derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso ‘Friar SA’”, en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 75-82.

⁹⁹ AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Expropiación regulatoria y regulación económica. Pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, texto de la conferencia brindada en el Congreso de Constitución y Derecho Administrativo, 25 y 26/10/2010, Facultad de Derecho, UBA, inédito, p. 8.

¹⁰⁰ Acerca del fallo fundador de la doctrina, en el derecho francés, y sus confines, ver MAIRAL, Héctor A., “Responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado...*, cit., ps. 367-371, esp. p. 371.

¹⁰¹ 260 US 393 (1922).

i) consecuencias “no necesarias y anormales” del ejercicio del poder de policía (de salubridad o sanitaria, etcétera);

ii) consecuencias necesarias y normales derivadas de regulaciones que *no* sean ejercicio del poder de policía (de salubridad o sanitaria, etcétera);

iii) excepciones a la “regla” de que las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización.

Ejemplo del primer supuesto sería un daño a una vivienda causada por una desinsectación obligatoria dispuesta por decisión de alcance general de la autoridad sanitaria¹⁰². Ejemplo del segundo supuesto sería la prohibición de fomento de ciertas actividades por ley, por razones no de poder de policía sino políticas, como ser una reforma del Estado, prohibición que provoca pérdidas y erosión de inversiones¹⁰³. Ejemplo del tercer supuesto sería aquel en que se falle, por equidad y justicia¹⁰⁴, a favor de la correspondiente indemnización en un caso que normalmente sería pasible de la aplicación de la regla emergente de “Friar”; entiendo que “Winkler” es un ejemplo, pues si bien una norma le impedía al actor el lanzamiento, y si bien la Corte afirma que el ejercicio de poderes propios por parte del Estado no genera derecho a indemnización, asevera que ésta corresponde por razones de justicia y de seguridad jurídica¹⁰⁵.

VIII. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL

Las expropiaciones de fuente regulatoria, originadas en la jurisprudencia estadounidense, ofrecen un panorama riquísimo, que va desde las apreciaciones semánticas hasta las necesarias comparaciones y contrastes para analizar su viabilidad en nuestro sistema de derecho.

1. Recapitulando

Estirada la noción de propiedad entre el individualismo lockeano y el comunitarismo hobbesiano, se asegura, en la Constitución norteamericana, la disposición (por mediar título individual) y la compensación (por mediar expropiación por utilidad pública). Esa disposición es esencialmente regulable, reglamentable; esta expropiación es esencialmente compensable, indemnizable. La cuestión se complica ante la antinomia llamada *regulatory taking*, pues las *regulations* —se cree— no se indemnizan, al tiempo que sí se compensan las *takings*, mas se verá que esa antinomia es virtual a poco que se repase el desarrollo de la jurisprudencia específica (acáp. II).

Hay cuatro etapas en el desarrollo de la doctrina de las *regulatory takings*, cada una con sus precedentes paradigmáticos: en la primera, los que reglan sobre poder de policía y diferencian expropiación explícita e implícita; en la segunda, el caso fundador, “Mahon”¹⁰⁶, en el que había habido un “exceso” en el ejercicio del poder de

¹⁰² Propongo el ejemplo a partir del precedente “Griffin v. United States”, 500 F.2d 1059 (3d Cir. 1974).

¹⁰³ Del 1/6/2004, “Alpesca S.A v. Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— s/juicios de conocimientos”, A.157.XXXIX.

¹⁰⁴ En igual sentido, MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad...”, cit., p. 82.

¹⁰⁵ “Winkler, Juan León v. Nación Argentina”, Fallos 305:1045 (1983), consid. 3.

¹⁰⁶ 260 US 393 (1922).

policía; en la tercera, el caso que fija el criterio de ver si se afecta o no la “rentabilidad razonable” —“Penn”¹⁰⁷— y el que reconocía y rechazaba las “condiciones inconstitucionales” —“Nollan”¹⁰⁸—; y, en la cuarta, los casos que confrontan el ejercicio del poder de policía con la privación total o integral de la propiedad —“Lucas”¹⁰⁹— o la contratación forzosa —“Apfel”¹¹⁰— (acáp. III).

Se pueden determinar las indemnizaciones o compensaciones según el propósito de la regulación, su naturaleza o su impacto, mas todos esos enfoques brindan imprecisiones, en especial este último, creado en “Mahon”¹¹¹. En cambio, un criterio económico, “formulaico”, ofrece mayores precisiones (acáp. IV).

Las aplicaciones concretas de la doctrina que comentamos abarcan tarifas que trasuntarían *takings* regulatorias en tanto fortificadas por la doctrina de la deferencia y, en general, de la abdicación judicial posterior a 1944. También comprenden desregulaciones diversas (invasiones físicas, *unbundling* mandatorio; obligación de interconexión; compra directa al generador; establecimiento de un competidor estatal; admisión de competidores inesperados en “la tragedia de las telecomms”; en los yacimientos hidrocarburíferos, unitizaciones o *poolings*, según la terminología empleada por los diversos autores, entre otros supuestos). Pluralidad de laudos arbitrales son aplicación de la doctrina que estudiamos, si bien las distintas conformaciones de los tribunales brindan respuestas delineantes diferentes. Por último, hay tratados de libre comercio, como el que une Chile con Estados Unidos, en los que los principios emergentes de la mayoría de los casos del acáp. III han quedado plasmados de manera prístina (acáp. V).

Los institutos que estudiamos en derecho administrativo, vinculables a la doctrina que motiva estas líneas, comprenden la teoría de la responsabilidad del Estado por acto lícito, normativo o de alcance general —a los efectos de lo aquí dicho, las tres adjectivaciones serían fungibles—, tal como fuera concebida en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que se refleja en la enumeración de requisitos constitutivos de la responsabilidad por acto legislativo, receptados en nuestro país: daño, relación de causalidad, imputabilidad al Estado, norma lícita, ausencia de deber de soportar el daño, y el debatido recaudo de sacrificio especial, esto es, que el daño lo sufra alguien en especial. Ellos permitirían la construcción de una importante vía de ingreso de la doctrina de las *regulatory takings* en nuestro país, pues: i) toda la jurisprudencia estadounidense reseñada hace a actos normativos; ii) se ha fundado la responsabilidad estatal, por acto normativo, en las reglas generales que gobiernan a la expropiación, equivalente local de las *takings*; iii) el alcance semántico dado a las *regulations* que causaran la expropiación en los precedentes estadounidenses reseñados es similar al de norma o ley en sentido amplio, o al de acto de alcance general, legislativo o reglamentario. No podría predicarse similar inteligencia respecto del sistema de derecho alemán pues, al final de cuentas, éste ha sido refractario a “Mahon” y sus seguidores (acáp. VI).

¹⁰⁷ 438 US 104 (1978).

¹⁰⁸ 483 US 825 (1987).

¹⁰⁹ 505 US 1003 (1992).

¹¹⁰ 524 US 498 (1998).

¹¹¹ 260 US 393 (1922).

Otras vías de ingreso estarían dadas por el art. 51, Ley de Expropiaciones argentina, y por todos aquellos casos no comprendidos expresamente en el fallo “Friar SA”, v.gr., consecuencias “no necesarias y anormales” del ejercicio del poder de policía, consecuencias necesarias y normales derivadas de regulaciones que *no* sean ejercicio del poder de policía y excepciones judicialmente dispuestas a la “regla” de que las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía no dan lugar a indemnización (acáp. VII).

2. Reflexiones finales

Una vez, Quine dijo, al referirse a la posibilidad o imposibilidad de traducción: “Uno frecuentemente escucha abogar porque las profundas diferencias de lenguaje llevan consigo diferencias decisivas en la forma en que uno piensa, o aprecia el mundo” (“One frequently hears it urged that deep differences of language carry with them ultimate differences in the way one thinks, or looks upon the world”)¹¹².

De igual modo, podría creerse que las profundas diferencias entre el idioma de las *regulatory takings* en los Estados Unidos y en la Argentina —que hasta hacen forzada o artificial una traducción— presuponen formas de pensar, o concepciones del mundo, diferentes. Mas tengo para mí que se trata de apariencias, enfoques diversos de una misma problemática.

Los derechos —y el derecho de propiedad es uno de ellos— son esencialmente reglamentables, y el poder de policía, al menos de salubridad, moralidad, seguridad, cuando no el más amplio, desembarcó en la Nación del norte y en la nuestra para beneficiar, en sentido hobbesiano, a la sociedad. En ambas naciones se protege lockeana y constitucionalmente la propiedad. En ambos sistemas constitucionales hay un núcleo duro del derecho que ninguna norma puede traspasar.

Así las cosas, se me hace que nuestro art. 28, CN, en lo relativo a la propiedad, es —en cierto modo— el que nos precave de excesos en la regulación como el del caso “Mahon”¹¹³.

A partir de allí, puedo interpretar que habría una suerte de horqueta en el derecho argentino: i) cuando una regulación o reglamentación —acto de alcance general, en fin— se excediere, fuere irrazonable, transgrediendo la garantía de razonabilidad, generará inconstitucionalidad, que podrá ser alegada por quien persiga la inaplicabilidad de esa reglamentación a su caso. Y ii) cuando esa regulación no fuere constitucionalmente impugnada, sino que, no obstante tenerse por lícita, provocare daños a los derechos de propiedad en razón del exceso, una vez verificados los restantes recaudos para hacer procedente la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del Estado por acto lícito normativo, corresponderá la indemnización. Bien podría utilizarse, como umbral económico fijo y determinado para medir el exceso, el de la confiscatoriedad en materia tributaria¹¹⁴.

Después de todo, sólo una concepción como la apuntada es la que permitirá que el Estado siga regulando, mas dentro de las riberas que marca la Constitución.

¹¹² QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, The MIT Press, Cambridge, 1960, p. 78.

¹¹³ 260 US 393 (1922).

¹¹⁴ La regulación puede ser apreciada como una imposición tributaria (regulation as taxation), conf. POSNER, Richard A., *Economic Analysis...*, cit., ps. 385 y 359-362, y COOTER, Robert D., *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 286.