

LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS UN DEBATE INCONCLUSO*

Dra. Lidia M R Garrido Cordobera
Prof. Investigadora de la U.B.A.
Doctor en Derecho de la U.B.A.

1.1 Planteo general

El tema de la cuantificación de daños de por sí es un tema problemático ya que involucra cuestiones que hacen a la justicia practica de todos los días pero también revelan la presencia de criterios ocultos en la toma de decisiones y de cuestiones que manifiestan una ideología en temas filosóficos¹. Recientemente se ha vuelto a tratar el tema de un modo magistral con la construcción de un marco teórico adecuado pero sin descuidar la incidencia practica².

Si bien existen normas abiertas o principios generales que deben aplicarse a los diferentes supuestos, en el fondo la cuestión de quien debe soportar el daño, cual es el limite de la reparación, cual es su extensión resarcible, quienes son los legitimados para reclamar y a quienes puede serle reclamado, son extremos de hecho que en cada caso debe determinar el juez de la causa³ en la mayoría de los supuestos dañosos, a menos que estemos en la previa determinación por el legislador(tarifación).

Nos moveremos con ciertos términos que conviene aclarar antes de avanzar: podríamos decir que Cuantificar es traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona ha sufrido a consecuencia de un hecho (se busca el resarcimiento del perjuicio a través de una suma compensatoria considerada equivalente), Indemnizar: es compensar o pagar en dinero el daño ocasionado y reparar in natura :es volver las cosas al su estado anterior . Como se observa todas parten del presupuesto de la existencia de un daño que debe ser resarcido pero cuyos alcances según que estemos en uno u otro varían.

¹* Publicado en Revista de Legislación y Jurisprudencia Ed Reus España N4, 2007

Aclaremos que los temas de filosofía están siempre presentes en materia de interpretación del derecho y que no criticamos la presencia de una ideología sino su encubrimiento en el discurso jurídico.

² Para un mayor desarrollo puede consultarse López Mesa y Trigo Represas, Cuantificación del daño, Ed La Ley

³ López Mesa, M Curso de derecho de las obligaciones T III p207

Las cuestiones involucradas necesariamente en la cuantificación de los daños y que deben ser asumidas son previamente son las siguientes

- 1 – El daño es un *concepto jurídico* cuyo contenido debe determinar el juez
- 2 – Estamos frente un problema que involucra *intereses diversos*
- 3 – Estos intereses deben ser armonizados
- 4 – Tener presente que *daños similares pueden llevar a indemnizaciones distintas* teniendo en cuenta las *cualidades de la víctima*
- 5 – Que es altamente dificultoso saber a priori que considerara el juez como impacto dañoso
- 6 – Que si el supuesto dañoso es *mensurable por su equivalencia* es relativamente fácil la cuantificación
- 7 – Si estamos frente a un daño extrapatrimonial, este no es fácilmente traducible en dinero
- 8 – Que en la situación actual no existe posibilidad de anticipar montos o rubros de daños.
- 9 – Por ello se alega comúnmente que la no previsibilidad complica el funcionamiento de los seguros.

1.2.Importancia del Tema

Recordemos por impactante lo dicho por Robert Cooter y Thomas Ulem autores referenciales en temas de Economía de la responsabilidad civil que en el calculo de los daños compensatorios frente a la disyuntiva de estar muerto o vivo e invalido, la víctima y la familia prefiere lo segundo, con un ejemplo demuestra que la primera solución es menos ruinoso para el patrimonio del dañador poniéndolo bajo el titulo afortunadamente para mi cliente la víctima murió”⁴.

Pero cabe alertar sobre que una cuantificación es incorrecta tanto por defecto como por exceso, por ello es que es muy importante tratar de establecer cual es la indemnización realmente debida por el ofensor o responsable. Se observa analizando la jurisprudencia que la cuantificación del daño se convierte muchas veces en una herramienta para concederle mucho menos o mucho más a algunas víctimas de lo que merecían a la luz del derecho vigente

Por eso hay que señalar como hace López Mesa que la responsabilidad civil no es solo un asunto de a dos dañador y dañado⁵, la responsabilidad civil en palabras de Ricardo de Ángel Yagues se contempla como un fenómeno global⁶ donde hay que ponderar las consecuencias que tiene en el conjunto de la sociedad y también señalar como hace Rivera que esta en

⁴ Derecho y economía, Cooter y Ulem, Pág. 438.

⁵ López Mesa-Trigo Represas Tratado de Responsabilidad Civil t 5 Cuantificación del daño Pág. 3

⁶ de Ángel Yagues, Ricardo Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, Rev Responsabilidad civil y estado n 18

juego la seguridad jurídica ya que al cotejar sumas otorgadas por las sentencias de distintos tribunales⁷ se observa que difieren muchas veces enormemente o consagran rubros indemnizatorios con nombres diferentes.

Recordemos que la valuación del daño puede ser realizada convencionalmente ejemplo de esto es la cláusula Penal, o bien provenir de la ley donde podemos citar como ejemplos la Ley de transporte multimodal, la ley aeronáutica, la ley de navegación, la ley de infortunios laborales, ante estos supuestos el juez solo puede aplicarlas o declararlas inconstitucionales. Finalmente tenemos la cuantificación realizada mediante la apreciación judicial.

No podemos dejar de señalar ya que es muy importante el aspecto constitucional del tema y hay que recordar que el Art. 19 de nuestra CN según los dichos de la Corte recepta el *alterum non laedere* (Santa Coloma) y que el derecho a una indemnización justa también fue proclamado por la Corte (Aquino)⁸.

Esta normativa y el derecho a la reparación se enlazan con lo prescripto por todas las normas que hacen a lo que la doctrina ha denominado Estado de derecho, por el 41 de la CN en cuanto al daño ambiental y también a los Pactos Constitucionales sobre todo del Art.21 del Pacto de San José de Costa Rica.

1.3.Estado de la cuestión

Observando la situación en el derecho comparado sobre todo en el tema de los daños a las personas⁹ podemos decir sintéticamente que encontraremos frente a la cuestión de indemnizar y cuantificar daños los a) Sistemas de baremos, b) de apreciación judicial y c) la existencia de los fondos de compensación.

Un baremo (*barème*) ha sido concebido tradicionalmente como una tabla o un cuadro que permite decidir de manera taxativa que a cierto tipo de lesiones le corresponde determinada indemnización. En Europa desde hace años se plantea el tema de la baremización de los daños corporales¹⁰

⁷ Rivera, Julio Cuantificación legal y judicial en Rev de Derecho de Daños 2001 Vol. 1 Pág. 15 y SS.

⁸ CSJ 2004/09/21 Aquino c Cargo de Servicios Industriales SA ver Suplemento especial Diario LL

⁹ Para una lectura complementaria Luis O Andorno, La limitación cuantitativa en el derecho comparado, en Cuantificación del daño, Rev de derecho de daños 2001, Vol.1, Pág. 245 y ss

¹⁰ Para mas información puede consultarse el trabajo de Martín Casals ¿hacia un baremo europeo para las indemnizaciones de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas

Las denominadas 'entradas' de la tabla suelen ser las variables del caso más explicativas del daño, como por ejemplo la edad de la víctima, su capacitación y ocupación, etc.; en la 'casilla' correspondiente del interior de la tabla se encuentran los valores (o intervalos de valores) correspondientes a la indemnización

Los baremos han sido utilizados como mecanismos meta jurídicos de homogeneización de las decisiones judiciales, se dice que uno de sus objetivos principales es tasar la prueba de los daños para reducir drásticamente la dispersión en los montos indemnizatorios, esto se da a cambio de sacrificar o limitar la competencia del Poder Judicial en el conocimiento y decisión de las causas.

Según los casos, encontraremos que se deducirán de la aplicación del baremo indemnizaciones en dinero o puntos, con respecto a estos últimos pueden surgir de desarrollos de acuerdos sobre incapacidad de peritos o surgen de una decisión potestativa del legislativo o de una reglamentación del ejecutivo.

También es posible que la fuente sobre la que se desarrolla un baremo esté conformada por las mismas decisiones judiciales, los precedentes, recogiendo así las decisiones y la casuística predominantes, este último tiene la ventaja de ser un baremo flexible que se actualiza permanentemente y de ser generalmente indicativo. La experiencia en la Argentina la podemos señalar en la existencia de la Pág. web www.ijjusticia.edu.ar.

Los fondos de compensación como los que funcionan en Nueva Zelanda o los Fondos de Garantía Franceses merecen una consideración especial por su estructura, funcionamiento y la cobertura pero como rasgos comunes podemos señalar la celeridad en el cobro de las indemnizaciones y la fuente colectiva que nutre a dichos fondos, como es un tema apasionante pero que excede el marco del presente trabajo nos permitimos remitir para más detalles a Andorno, Pietro Molinero¹¹ y a nuestros trabajos¹².

1.4.La cuantificación judicial

Ante el acaecimiento y el reclamo efectuado por un daño el juez debe comprobar primero si estamos en presencia de un daño resarcible, de ser así, que parte del daño resulta indemnizable ya que el derecho establece por regla un sistema de imputación de las consecuencias y en nuestro caso contamos con normativa específica.

¹¹ Pietro Molinero, Ramiro, El sistema de compensación de daños personales de Nueva Zelanda

¹² Garrido Cordobera Lidia Los daños colectivos y la reparación,(cap IV), La responsabilidad por riesgo de desarrollo, (cap VI)

Por ello la indemnización integral que tanto defendemos alude a la máxima cobertura dada por un ordenamiento jurídico y reconocido por sus interpretes, vemos por ello que muchas veces un daño material no siempre coincide con lo que la ley o la doctrina denomina daño jurídico resarcible. Esto motiva una tensión entre los nuevos supuestos dañosos de una sociedad cambiante y una estructura legal menos dinámica que debe adecuarse a estas nuevas situaciones por vía de interpretación judicial.

El régimen de las consecuencias del Código Civil Argentino sintéticamente es la siguiente a) Las consecuencias inmediatas y necesarias se imputan al autor del daño (Art. 903 y 520 CC) b) Las consecuencias mediatas se imputan en materia extracontractual (Art. 904) y si existe dolo en materia contractual (Art. 521 CC) c) Las consecuencias remotas no se imputan (906 CC) d) Las consecuencias casuales se imputan solo si el autor las tuvo en miras al ejecutar el hecho (Art. 905).

Con respecto al Daño Moral vemos que esta contemplado su indemnización en los dos ámbitos, el Art.522 del CC dispone que en el ámbito contractual, “el juez podrá”, de acuerdo a la índole del hecho generador y a las circunstancias del caso otorgarlo, recordemos lo ya sostenido por Garrido y Andorno al comentar este artículo reformado respecto al origen de la norma¹³ y la procedencia del rubro indemnizatorio obligatoriamente cuando este pedido y probado. Conforme al Art.1078 del CC en el ámbito extracontractual la indemnización debe comprender el daño moral ocasionado a la víctima y ha sido tema de abundante literatura jurídica sobre todo la problemática de la fijación de sus alcances¹⁴.

1.5.Pautas a seguir en la cuantificación:

Podemos decir entonces que se debe observar los recaudos del daño resarcible, con las características actuales que este presenta (recordemos la evolución que hemos sufrido respecto a los intereses protegidos, también con respecto a los daños colectivos) estaremos ante daños ciertos no eventuales, sean tanto el daño emergente como el lucro cesante o la pérdida de la chance, en esta misma línea podemos decir que no se indemnizan los daños que se hallen compensados.

¹³ Garrido Roque y Andorno Luis, Comentario a la Reforma de Ley 17711.

¹⁴ Pizarro, Ramón Daniel, La cuantificación del daño moral en el código civil, Rev de derecho de daños 2001, vol 1, Pág. 337 y ss.

Moisset Iturraspe Jorge Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral LL 1994-A-728
Zavala de González Matilde, ¿Cuánto por el daño moral? JA 1987-III-822.

Es sumamente importante que haya un apego a las circunstancias del caso y a las particularidades del mismo dado que el Juez debe adecuar necesariamente las normas y los alcances de la responsabilidad a las circunstancias de persona tiempo y lugar.

Por supuesto que la valuación del daño se determina al momento de la sentencia (deuda de valor) y que el Juez debe fundamentar la cuantificación efectuada, al respecto López Mesa sostiene que podemos decir que es un acto de discrecionalidad relativa, sujeto a pautas y que deben ser explicitadas en los fundamentos del fallo¹⁵.

La CSJN y también SCBA se han expedido con respecto a que es necesario que se brinden los elementos necesarios para poder deducir las razones que llevan a la fijación de las sumas indemnizables por los Juzgadores¹⁶.

La existencia de los montos disímiles dados para situaciones análogas lleva a tener que discernir cuales son las causas de tal situación, lo que nos conduce necesariamente a los criterios ocultos que inspiran las sentencias lo cual encierra un alto grado de subjetividad¹⁷.

La fundamentación de la sentencia no puede consistir en expresiones meramente declamatorias o discursivas sino que debe indicar concretamente *por que* a esa victima concreta se la indemniza y *el por que* del alcance indemnizatorio. Entra a jugar aquí o a ponderarse los hechos que se consideran por el juzgador como relevantes para el caso y su concreta magnitud o alcance para justificar así o fundar la decisión adoptada en cuanto a la reparación.

Es oportuno que recordemos que nuestro Art. 1083 establece que “el resarcimiento de daños consistirá en la recomposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijara en dinero”, estableciendo la posibilidad de optar a favor de la victima pero justamente los problemas surgen cuando estamos en el segundo extremo descripto por la norma y además como explican desde el análisis económico del derecho cuando nos encontramos con bienes que no tienen un equivalente exacto en dinero.

Cooter y Ulen dicen que el pago de los daños compensatorios trata de restablecer a la victima para volver a ubicarlo en el punto de indiferencia que ocupaba antes del acto dañoso, pero

¹⁵Ob. Cit Pág. Pág. 25 y ss esta sujeta a ciertas obligaciones en cabeza del Juzgador: la obligación de cuantificar, la de sujetarse a las pautas del código, no crear rubros indemnizatorios o superponerlos.

¹⁶ CSJN 1/4/97, L.E.A. y otro c Nestle SA DT 1997-B-1191, SCBA 16/4/85 Guallarelo y otro c. Pvcia de BA LL1986-C-449 , CSN 30/4/96 Malvino c Pereyra Collazo, LL 1996-D-474

¹⁷ Rivera J, ob cit., Iribarne, Héctor Pedro ,De los daños a la persona Pág. 45 yss

hay situaciones en las que esto no se da es repugnante la idea de que una persona se pudiera sentir indiferente entre el dinero que obtendría por la pérdida de un hijo o la vida de este, es por ello que en estos supuestos se utiliza la equivalencia del riesgo como método para valuar los daños, (el Juzgador debe considerar el riesgo razonable y debidamente conocido, la probabilidad de que ocurra, el costo de precaución) la eficiencia requiere que se tomen precauciones adicionales hasta que la carga sea igual al cambio de la probabilidad multiplicado por la pérdida¹⁸.

Debemos tener en cuenta también la relación que puede darse entre la equidad y la reparación ya que el Art.1069 2da parte del CC permite a los jueces que al fijar las indemnizaciones de daños pueden considerar la situación patrimonial del deudor atenuándola si fuese equitativo, extremo que les está vedado en caso de Dolo. Del responsable y también se encuentra establecida la indemnización de equidad en el Art. 907 2da parte del CC (“los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”)

Si bien la noción de equidad de por sí es compleja podemos decir con Castan Tobeñas que “Equidad es el criterio de Justicia individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado también a los ideales jurídicos de una sociedad y sobre todo a los principios supremos del Derecho”¹⁹.

En estas valuaciones del daño el Juez podrá proceder sin tener en cuenta las reglas estrictas que gobiernan la reparación del daño por Ej. respecto al alcance de las consecuencias pero como dice Iribarne esto no autoriza a callar los supuestos del cálculo que deben ser explicitados y por supuesto a fundamentar su aplicación.

1.6.Los Criterios utilizados

Volviendo un poco sobre la fundamentación de la cuantificación y los criterios que la orientan tenemos que recalcar nuevamente que la fundamentación debe ser adecuada suministrando los datos concretos por los cuales se ha llegado a una fijación o a un reconocimiento de la existencia del daño, ello no puede ser meramente discursivo ni declamatorio. Con respecto a los fundamentos de derecho de la decisión judicial recordemos

¹⁸ Ob. Cit Pág. 436

¹⁹ Castan Tobeñas, José, La idea de Equidad y sus relaciones con otros conceptos morales y jurídicos, citado por Vallet de Goytisolo en Lo justo, lo equitativo, en Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico.

a Lorenzetti que propone como necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación meramente subjetiva o hermética²⁰.

López Mesa señala que existen en principio dos posibilidades al menos para una fundamentación correcta: a) la que realiza el Juez respetando las particularidades de la víctima indicando como ellas influyen en la cuantificación de los daños por haber reducido o ampliado el impacto del daño (Fundamentación de base subjetiva) b) el Juez indica que sumas han sido otorgadas por otros Tribunales en casos similares (Fundamentación de base objetiva) y considera que la posición que une características de ambos es la mejor cuantificación pues aleja el fantasma de la arbitrariedad cuantificadora²¹.

Esta posición debe mencionar que sumas se han concedido en casos similares por los Tribunales en casos recientes y expresar como esas pautas son modificadas por las circunstancias particulares de la víctima y como el daño ha impactado en ella. Los criterios ocultos suelen estar presentes en la mayoría de las sentencias no es consciente pero otras sí²² y aluden a las razones que se mantiene in pectore del Juzgador, situación que no reconoce instancias pues se da en todas ellas, ello no solo vulnera la defensa en juicio sino que no nos permite que la objetividad de nuestras decisiones pueda confrontarse con las opiniones de la Comunidad como enseñaba Cueto Rúa²³. Los precedentes implican como ya decía Cueto Rúa un paso trascendente de la individualidad de la sentencia a su generalidad como fuente en el derecho²⁴, analizar el monto otorgado por un rubro determinado de determinadas Cámaras o jurisdicciones nos permite como dice López Mesa un punto de partida objetivo, se concede al menos lo que es corriente en casos similares de acuerdo a la jurisprudencia dominante y de acuerdo a las circunstancias del caso puede corregirse o ajustarse²⁵ por el Juzgador para realizar la justicia del caso concreto.

²⁰ Lorenzetti, Ricardo L Teoría de la decisión judicial, coincidimos en que quien toma una decisión es consciente que existen valoraciones diferentes pero que hay que tratar de superar la dialéctica amigo-enemigo.

²¹ Ob. Cit. Pág 28 yss,

²² Iribarne ob.cit., Pág. 46 y ss

²³ Cueto Rúa, Julio Cesar, Las Razones del Juez, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Buenos Aires.

²⁴ Cueto Rúa, Julio Cesar, Fuentes del Derecho

²⁵ ob cit Pág. 28, alude a este procedimiento con la denominación comparación cuantificadora que implica tomar una base objetiva para tomar de punto de partida.

Recordemos que económicamente considerado un daño es un anti-bien (un mal) ocasiona la pérdida de una utilidad²⁶, dentro de sus clasificaciones se alude a los que solo originan costos económicos, que son calculados por los costos del mercado, de aquellos que generan costos no económicos cuyo cálculo se dificulta, costos primarios (gastos, valores de utilidad perdidos, materiales e inmateriales, daños inmateriales producidos a terceros), costos secundarios (pérdidas sociales provocadas por el daño) y terciarios (lo necesario para administrar el tratamiento de la cuestión)²⁷ Para Posner la discusión respecto a los costos ayuda a la valuación ya que se trata de transferencias que importan un uso de los recursos este o no presente el intercambio en dinero, si pensamos en el trabajo del ama de casa podemos visualizar nítidamente la cuestión²⁸.

Los criterios económicos más usuales utilizados pero sin explicitarlos son el valor de un auto o de un inmueble en determinada zona que corresponda a la situación de la víctima, o sea el proporcionar un bien que de una renta que sustituya lo que el dañado deja de percibir²⁹ Pero en realidad un adecuado uso estaría dado por las pericias actuariales, el empleo de las estadísticas, la existencia de datos objetivos evita la discrecionalidad judicial y extrajudicial y permite el control de razonabilidad del daño resarcible³⁰.

2. Supuestos Particulares de análisis

Veamos como se aplican las ideas que hemos vertido en Dos supuestos particularmente conflictivos: el de la responsabilidad del Estado sobre todo en lo que respecta a su actividad lícita lesiva y a la omisión y la reparación del daño ambiental.

2.a) La problemática de la responsabilidad del Estado³¹

La cuestión que usualmente se plantea es saber si la responsabilidad del Estado difiere en sus reglas y alcances de la responsabilidad civil y además qué bases podemos dar en nuestro derecho positivo, nosotros consideramos que los principios y elementos que configuran la obligación de reparar constituyen parte de una teoría general, en la que no interesa tanto dónde se encuentran las disposiciones normativas sino el fin que ellas persigan

²⁶ Schafer, Berndhans y Ott, Claus, Manual de Análisis económico de derecho civil Pág. 99 yss

²⁷ Calabresi Guido El coste de los accidentes

²⁸ Garrido Roque, La indemnización por muerte de una madre y un criterio objetivo el costo de la madre sustituta ED 108-389

²⁹ Moisset Iturraspe, Jorge, Economía y Derecho

³⁰ Álvarez, Gladis y Highton, Elena ponencia a las Jornadas de Derecho de daños y Seguros, Mar del Plata 1989

³¹ v de nuestra autoría. El Rol del estado en el derecho de daños Rev de UCES 2005 .

Por ello recalcamos una vez mas la posible aplicación de normas que, si bien se hallan en el Código Civil, tienen el carácter de reglas o principios generales rectores para toda situación dañosa, sosteniendo, como lo hacemos, la unidad del fenómeno de la reparación, recordemos aquí también la opinión de Marienhoff, que compartimos en muchos aspectos, de que las normas del Código Civil pueden ser aplicadas por analogía, pero también son susceptibles de ser consideradas como principios o normas generales válidas para todos: es una aplicación directa de normas.

Esto sin perjuicio de que sostenemos que la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por los particulares encuentra su fundamento, en nuestro Derecho positivo, en la Constitución Nacional y en la existencia del “Estado de Derecho”³², esto implica que a todo principio de Derecho le acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a cumplirlo, el Derecho se impone tanto a gobernantes como a gobernados.

El nudo de la cuestión es saber si el Estado tiene, o no tiene, el deber jurídico de no dañar, y si el orden jurídico prevé sanciones para tal supuesto; apuntamos aquí que nuestro más alto tribunal ha sostenido que el principio “*alterum non laedere*” posee raíz constitucional y es aplicable al Estado³³.

En el ámbito jurisprudencial, en nuestro país, desde el “caso Devoto” –que marca un hito en la responsabilidad extracontractual del Estado–, toda esta temática ha continuado su perfeccionamiento, en tal sentido se ha reconocido el derecho a ser indemnizado cuando ha mediado una actividad lícita, pero dañosa por parte del Estado hasta en temas de política económica como ha ocurrido por ejemplo *in re* “Cantón c/Gob. Nacional”, reconociéndose el lucro cesante y que la facultad del estado no autoriza a prescindir de las relaciones jurídicas concertadas, el derecho a obtener una reparación se da por vulnerarse el Art. 17CN³⁴

La responsabilidad estatal por actos lícitos sería la que, originada en un hecho o acto de la administración, de la legislatura o de la judicatura, ocasiona un daño a un particular quebrando ciertos principios de igualdad, pero que no proviene de un actuar ilegítimo sino del ejercicio de atribuciones que le son propias.

³² Se refiere a las normas constitucionales arts. 4, 14 al 20, 31 y 1 concordantes, éstos, a su vez, pueden reconocer su fundamentación teórica, como lo señala Reiriz en alguna de las teorías que se manejan en doctrina

³³ Re Santa Coloma c Ferrocarriles Argentinos

³⁴ CSN 1979/05/15 Canton c.Gob Nac, con nota de Jorge Moisset Iturraspe LL suplemento universitario

En 1943, a partir del conocido “caso Laplacette”, tiene consagración la tesis de la responsabilidad del Estado cuando el acto es lícito, pero, a la vez, lesivo³⁵. La síntesis de sus fundamentos serían que la responsabilidad del estado es la única solución equitativa y justa, a falta de disposición expresa se aplican las normas del derecho común, los principios generales y la analogía, de lo contrario sería ilusoria la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada en los Art. 14 y 17 de la CN., la equidad y justicia deben guiar la interpretación de los principios generales.

En esta línea suelen recalcarse “Los Pinos c/M.C.B.A.”, del 22 de diciembre de 1975, el “caso Cantón” ya mencionado, “Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/Dirección Nacional de Vialidad”, “Alzaga de Lanusse c/Pcia. de Bs. As.”, como hitos clásicos fundamentales

Con respecto al tema de la responsabilidad del Estado por su actuar lícito López Mesa³⁶ manifiesta que nos encontramos con dos categorías de deberes a cargo del estado: responsabilidad e indemnización y que ambas son perfectamente encuadrables dentro de la teoría del responder civil sustentada por López Olaciregui³⁷, pero sostiene que no puede negarse los distintos fundamentos de ambos que se traducen luego en diferencias concretas respecto a la extensión del resarcimiento³⁸.

La indemnización que corresponde al accionar lícito del Estado admite un paralelismo con respecto a las indemnizaciones otorgadas cuando nos encontramos frente a daños causados en estado de necesidad, que se fundamenta en exigencia de justicia distributiva y razones de equidad que imponen la repartición del perjuicio entre el autor del acto necesitado y su víctima. Concluye diciendo que si del examen de las respectivas conductas nada justifica la obligación de que uno soporte todo el daño o repararlo, es justo que ambos lo soporten equitativamente.³⁹

En cuanto a los fundamentos doctrinarios podemos señalar:

a) Teoría de la representación: se basa en que los actos que realiza el representante se reputan realizados por el representado, fundándose la responsabilidad en la culpa “*in vigilando*” o “*in eligiendo*”, o modernamente en el factor objetivo de garantía⁴⁰.

³⁵ “Laplacette s/sucesión”, “L.L.”, t. 29, p. 697; Andorno, Luis Orlando: La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva, en Responsabilidad por Daños, ps. 77 y ss.,

³⁶ López Mesa, M y Trigo Represas F, Tratado de la responsabilidad Civil, TIV cap 14

³⁷ López Olaciregui José M, Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, Rev. de Derecho Comercial y de las obligaciones, año 1978

³⁸ López Mesa, M y Trigo Represas F, Ob cit, TIV Pág. 113

³⁹ López Mesa, M y Trigo Represas, Ob Cit, TIV Pág. 114

⁴⁰ Altamira Gigena, Julio L., Responsabilidad del estado., p. 75

b) Teoría de la expropiación: Se considera a Consolo como uno de sus exponentes, quien sostiene que “el derecho de propiedad del ciudadano si debe ceder al bien público, no debe ser sacrificando al mismo”; de la regla de la expropiación hace surgir un principio de carácter universal de que el patrimonio de los administrados no debe sufrir ningún daño que pueda derivarse de una actividad del Estado⁴¹ .

c) Teoría del sacrificio especial: Atribuida a Mayer, contiene el aporte de ser aplicable al tacto estatal aunque éste sea legal, “cuando haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás”, y establece ciertos requisitos⁴² .

d) Teoría de la igualdad ante las cargas públicas: Teissier extrae del Art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano un principio: “Los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en interés de todos”; pero, lamentablemente, va a tratar de acotar los alcances de su propuesta estableciendo que los particulares deben soportar sin derecho a indemnización los perjuicios emergentes del ejercicio legítimo y regular de los poderes públicos, y del funcionamiento normal de los servicios públicos en interés general⁴³ .

e) Teoría del enriquecimiento sin causa y del abuso de derecho: Sostenida por Hauriou, considera que el principio de justicia sobre el que debe fundarse la indemnización es el enriquecimiento sin causa y debe reunir por lo tanto sus extremos ordinarios (empobrecimiento en el patrimonio del particular, ausencia de justa causa y enriquecimiento en el Estado); menciona, pero no desarrolla, el abuso de derecho para los daños causados sin culpa por las operaciones administrativas⁴⁴ .

f) Teoría de los derechos adquiridos: La posición de Gierke se basa en el principio del derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos: cuando esto ocurre nace un derecho de indemnización contra el Estado⁴⁵ .

g) Teoría del riesgo: Fue Duguit quien se alejó de las ideas de ilegalidad y culpa para plantear la cuestión con un criterio objetivo; habla del “riesgo”, pero como niega personalidad al Estado, hace responsable a la “Caja Pública”, que funciona como un fondo o

⁴¹ Reiriz, Maria Graciela La responsabilidad del Estado Pág. 27

⁴² Reiriz, ob cit Pág. 29, Altamira Gigena ob cit Pág. 83

⁴³ Reiriz, ob cit Pág. 29, Altamira Gigena ob cit Pág. 77

⁴⁴ Reiriz, ob cit Pág. 30,

⁴⁵ Reiriz, ob cit Pág. 35,

seguro colectivo que reparará el perjuicio particular en pro del interés colectivo: su criterio sigue siendo de aplicación en Francia y se ha expandido notablemente⁴⁶ .

h) Teoría de la estricta justicia: Sostenida por Félix Sarria, quién manifiesta de que si se sostiene que el Estado es o debe ser justicia, si esto es su esencia, no puede quedar excluido cuando se trate de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por las cosas del servicio público⁴⁷ .

i) Teoría de la solidaridad: Defendida en nuestro país por Altamira Gigena, impone la obligación de resarcir en virtud de un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que, por hechos que no les son imputables, se encuentran en una situación de inferioridad para cumplir su fin individual y social, siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza ese acto de solidaridad, a menos que el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones

⁴⁸ .

j) Teoría del bien común: Sustentada por Altamira Gigena en su obra, significaría que corresponde indemnizar los perjuicios que se ocasionen por la actividad de la administración, pues el bien de toda la comunidad no puede encontrarse satisfecho si un miembro o un grupo de miembros sufre los daños sin obtener reparación⁴⁹

Podemos recordar el pensamiento de Linares Quintana de que cuando el Estado lesiona derechos de terceros, está obligado a reparar basado en el principio de igualdad ante las cargas públicas, aún en los supuestos de una actividad legislativa⁵⁰, a autores como García de Enterría, en España, que manifiestan que se basa en “una garantía integral del patrimonio privado frente a una acción administrativa”, y esa “garantía” es lo que permite la distribución de los daños

La doctrina nacional se muestra pacífica en aceptar que la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos reconoce como presupuestos básicos su actividad, el daño, la relación causal y el factor de atribución, y ella que deviene como una consecuencia lógica del estado de derecho.

⁴⁶ Reiriz, ob cit Pág. 37, Altamira Gigena ob cit Pág. 80.

⁴⁷ Altamira Gigena ob cit Pág. 85.

⁴⁸ Altamira Gigena ob cit Pág. 86

⁴⁹ Altamira Gigena ob cit Pág. 88 y ss

⁵⁰ Linares Quintana Segundo, La responsabilidad del Estado, LL36 pag1092

Nosotros creemos firmemente, tal como lo sostuvimos ya en el Congreso de San Juan de 1986, y que se plasmara en el Despacho mayoritario, que tal responsabilidad es directa y objetiva y se basa en normas de nuestra Carta fundamental, principios y normas del Derecho Público que rigen casos particulares, y en ausencia de ley específica en disposiciones que sustentan el deber de reparar del Derecho común.

Esta responsabilidad, en nuestra opinión, se asienta en un criterio objetivo de atribución, denominado en el Derecho Administrativo “falta de servicio” (*faute du service*), de carácter impersonal y objetivo, ligando al funcionamiento del servicio público también el “riesgo de la actividad”, entendemos que no existe ningún impedimento para establecer la responsabilidad del Estado en virtud de la teoría del riesgo creado, pues en nuestro sistema el mismo ha sido receptado en el Art.1113 del CC.

Recordemos las palabras de Aguiar Días, quién, citando a Lessa, responde a los temores de quienes consideran que tal sistema de responsabilidad viene a “aumentar desmesuradamente una fuente de cargas ya bastante onerosa”, pues “de suceder tal cosa, el hecho sólo revelaría el mal funcionamiento del servicio público y el desorden de la administración”⁵¹.

En el Derecho Público, en España, se han desarrollado las teorías de la indemnización y de la reparación sustentadas por Garrido Falla y García de Enterría con líneas fundamentales que difieren sustancialmente:

Para Garrido Falla, la “indemnización” es una “reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa”; aclara, además, que el sacrificio del derecho particular se realiza por la administración legítimamente, o sea que el daño que el particular sufre no es, en ningún caso, la consecuencia de una actividad ilegal⁵².

Esta teoría es típica del Derecho Público, como él mismo lo expresa, y encuentra su fundamento en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, a veces auxiliada por el enriquecimiento sin causa, siendo una consecuencia “de las internas exigencias” y no una aplicación paralela de lo que denomina las “categorías civilistas de la responsabilidad por culpa y riesgo”, distingue la “responsabilidad patrimonial de la administración”, que surge, como consecuencia de la actividad ilícita o sin título jurídico para hacerlo, de la “teoría de la indemnización” que se aplica a la actividad lícita.

⁵¹ Aguiar Díaz José Tratado de la responsabilidad civil pag226

⁵² Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Cap IV Pág. 240

Para que se reconozca el derecho a indemnización deben darse los siguientes requisitos: singularidad del daño, efectividad de la protección jurídica del derecho que se sacrifica y mensurabilidad económica del daño y en cuanto a la medida de la indemnización, establece dos reglas: 1) Debe indemnizarse el daño efectivamente soportado por el particular, pero sin que la indemnización pueda convertirse nunca en motivo de lucro. 2) La indemnización debe limitarse al daño emergente, sin que se deba tener en cuenta el denominado lucro cesante . Pero recalca que en la aplicación práctica de estas reglas deben distinguirse los supuestos de la expropiación, las prestaciones personales y otros derechos

En la otra posición se enrolan García de Enterría y Fernández⁵³, con la teoría de la reparación para quienes las instituciones aparentemente tan disímiles como la expropiación forzosa y la responsabilidad civil de la Administración tienen como referencia común la lesión patrimonial de un administrado producida por la actuación administrativa, consideran que la responsabilidad, al desprenderse de toda idea de ilicitud y culpa ya no reposa en la sanción de la acción de un sujeto culpable, sino en un principio abstracto de garantía, convirtiéndose en un mecanismo objetivo de reparación que se pone en funcionamiento “sólo si, y en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial”, el sistema de responsabilidad es directo y objetivo, aproximándose a la profecía que Duguit hizo hace medio siglo, y prescinden acertadamente de la licitud o ilicitud del acto originador del daño.

Se preocupan por distinguir los conceptos de perjuicio, al que le asignan un contenido amplio, del de “lesión resarcible”, que tiene la característica de ser efectivo, lo que apunta a la característica de certeza contraria a la eventualidad del daño y antijurídico ya que el sujeto que lo sufre no tiene un deber jurídico de soportarlo; siendo patrimonialmente evaluable y aceptando la inclusión de los daños morales

Para alejar toda duda, manifiestan que el problema de la atribución por el ordenamiento jurídico de las consecuencias de un evento dañoso, persigue el fin de localizar un patrimonio que pueda hacer efectiva la reparación y con respecto a cuál es la base o título por el cual se puede atribuir a la administración el deber de reparar, sostienen que es el de “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, siendo suficiente la titularidad de la actividad para justificar la imputación, tanto para la actuación legítima como ilegítima, teniendo carácter directo .

De forma que la titularidad de la organización o del servicio justifica la imputación de los daños al Estado, tanto si el servicio ha funcionado mal como si no ha funcionado o lo ha hecho defectuosamente⁵⁴, y el parámetro para referenciar estaría dado por el estándar de

⁵³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomas Pág. 317 yss

⁵⁴ Esto a llevado a serios problemas en España

rendimiento medio del servicio de que se trate, lo que significa que ingresan en la apreciación factores variables en cada época, según la sensibilidad social y el desarrollo de la actividad.

En cuanto a los alcances de la reparación, sostienen, que ella puede adoptar las formas clásicas de indemnización o reparación *in natura*, y debe cumplir con el principio general de dejar “indemne” a la víctima del daño injusto, lo que significa abarcar todos los daños y perjuicios sufridos (daño emergente y lucro cesante) como consecuencia del evento dañoso.

López Mesa coincidiendo con Cassagne, se expresa por excluir al lucro cesante, ya que no estima que deba seguirse el principio de la reparación integral por considerar que la indemnización estatal por acto lícito es mas una compensación que una indemnización, “busca reparar el daño repartir la carga del mismo, de modo de no cargar todo sobre el administrado, pero no es requisito el mantenerlo indemne de todo daño, máxime cuando el Estado al actuar esta tutelando el interés general”⁵⁵.

En la Argentina ante la ausencia de ley expresa, la hermenéutica de recurrir a los principios de leyes análogas facultado por lo previsto en el Art. 16 del CC siendo en realidad un principio general vigente en nuestro Derecho, nos puede conducir a dos caminos opuestos :

a) la primera posición sostiene que debe acudir a la norma legal típica, en opinión de la Procuradora Reiriz *in re* “Motor Once”, que autoriza las intromisiones en la propiedad de los administrados cada vez que el interés público así lo exige, por lo que corresponde aplicar la Ley de Expropiación, se sostiene en tal sentido que la responsabilidad del Estado por acto lícito lesivo no “puede disciplinarse por normas del Derecho Privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos”.⁵⁶

b) Pero también podría interpretarse una reparación plena si se considera al *alterum non laedere* con rango constitucional, y como se ha sostenido que el principio que rige toda indemnización es siempre el de la indemnización justa, procede, por tanto, siempre, a menos que se encuentre encuadrado en una ley específica que disponga lo contrario, la extensión analógica de la Ley de Expropiación no procedería –conforme a la doctrina de Sánchez Granel en los considerandos 7 y 8–, pues la expropiación supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso que declara al bien de utilidad pública y sobre todo dado que la responsabilidad civil moderna contiene una serie de supuestos en los que se ha discutido si puede predicarse la ilicitud de la situación planteada; tal es lo ocurrido en los congresos respecto al riesgo y al abuso de derecho.

⁵⁵ López Mesa- Trigo Represas, Ob cit, TIV Pág. 117.

⁵⁶ LL 1989-D-30

En la Argentina con respecto a los alcances de la indemnización además de *re* Sánchez Granel c D Nac. de Vialidad, podemos citar Gómez Alzaga c. Pvcia. de BA 27-8-1985⁵⁷ y Juncalan Forestal SA c Pvcia. de BA 23-11-89 y el fallo de la Cámara contencioso administrativo y tributario de BA, salaII del 5-08-05 in *re* Boyacá entre otros Comercial SA c. Subterráneo de BA y otro⁵⁸.

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcarse que para que una conducta omisiva genere responsabilidad esa omisión debe estar usualmente ligada al resultado final dañoso, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada. Al Estado le es aplicable el Art. 1074 del CC ya sea que este incumpliendo una norma legal expresa o implícita, Cassagne entiende que se trata de una obligación concreta a la cual el estado puede ser compelido⁵⁹, Barraza discrepa con esta última característica y admite que pueda ser genérica quedando su concretización y delimitación al prudente criterio judicial⁶⁰

Por múltiples razones, existe en esta materia una tendencia restrictiva que contrasta con la evolución general del tema de la responsabilidad: subyace aquí la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica, y parecería injusto, en los dichos de Macarel, que el Estado se convierta en el eterno Asegurador de todos los daños.

Existen en la jurisprudencia ciertos casos que marcan hitos, tal como lo fue “Franck c/Pcia. de Buenos Aires”, que admitió la responsabilidad del Estado por omisión en el mantenimiento de las rutas navegables, pero esto contrasta con la tendencia mayoritaria⁶¹.

En *re* “Vadell c Pvcia de BA” la Corte Suprema resuelve hacer responsable al Estado en un 70% con fundamento en la falta de servicio pues debido a omisiones en las que incurrió el Registro de la propiedad se atribuyó el dominio de un inmueble a quien en realidad no correspondía, expresando que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable por los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución, principio que encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del Art.1112 CC⁶²

⁵⁷ LL 1986-a-557 con nota de Jorge Bustamante Alsina

⁵⁸ LLO para cuantificar el lucro cesante se parte de \$79.645,63 como valor de disminución de las comisiones y se deduce el 14 % de disminución del sector lo que da por resultado \$68.495,25

⁵⁹ Cassagne Juan Carlos Derecho Administrativo Pág. 300 yss

⁶⁰ Barraza Javier, Responsabilidad extracontractual del estado cap VI Pág. 121 y ss

⁶¹ Gambier, Beltrán Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del estado por omisión a la luz de la jurisprudencia LL1990-E-617

⁶² CS 1984/12/18 Vadell c Pvcia de BA, LL 1985-B-3

En un comentario de Bustamante Alsina al fallo de la Corte Suprema en el caso “Ruiz y otro c/Pcia. de Buenos Aires”, donde se demandaba por daños y perjuicios por la muerte de una persona al colisionar su automóvil con un caballo suelto, este autor refuta los argumentos del pronunciamiento y sostiene que existe fundamento para determinar la responsabilidad del Estado, dándose en autos todos los elementos de la responsabilidad civil y surgiendo ésta de la abstención de su específico deber de vigilancia de las rutas camineras ⁶³.

Uno de los clásicos es el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza *in re* “Torres”, cuya línea argumental fue elaborada por Aída K. de Carlucci, en el cual se revocó la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, que establecía la responsabilidad de la Provincia, como bien lo recalca Cassagne al comentarlo, este fallo abre la vía para que pueda esgrimirse una responsabilidad estatal por omisión aun cuando no existe norma expresa que consagre la garantía o el deber de obrar en tal sentido ⁶⁴.

En el se ha sostenido que el Estado se encuentra obligado a actuar aún en ausencia de norma expresa cuando se dan los siguientes requisitos: *a)* un interés jurídicamente relevante (cualitativa o cuantitativamente), *b)* la necesidad material de actuar en dicha protección, y *c)* la proporción entre el sacrificio que acarrearía la actuación y la utilidad que se obtendría.

⁶³ Bustamante Alsina Jorge La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía LL1990-C-429

⁶⁴ Cassagne Juan Carlos Responsabilidad del estado por omisión LL 1989-C-512

En *re* "Pascual Lorenzo c. Moyano Claudio y otros" (Pvcia de Mendoza)⁶⁵, la Corte de esa Provincia, en su Sala I, en una sentencia del 6 de abril del 2006, estableció la responsabilidad subsidiaria del estado por el daño ocasionado a una persona embestida en virtud de la omisión de realizar los controles al momento de otorgar la habilitación anual de un transporte escolar de la existencia de la cobertura del seguro de responsabilidad civil, es muy interesante la distinción que realiza respecto al control genérico que se debe realizar de que todos los vehículos circulen con seguro y el control específico legalmente impuesto por la ley 6082 que impone para otorgar la licencia anual, la necesidad de contratar seguros, si la administración cumple con la obligación de control al momento de cada habilitación anual, no cabe la posibilidad de que un vehículo que realiza transporte escolar circule sin tener un seguro vigente, pero aun si se estuviese frente a un deber implícito, la solución no variaría pues no hay dudas que existe un interés normativamente relevante tanto cualitativa como cuantitativamente, no solo por que nos hallamos frente a daños personales si no por que esta involucrado el transporte de niños⁶⁶, basta con que el Estado una vez al año al vencer la habilitación controle y esto no es una carga imposible de sobrellevar.

Recientemente en el fallo comúnmente conocido como el de Cuttini, la CFed La Plata Sala II, dicto el 11-5-2006 en autos "B.A.,S y otros c. C,J y otros"⁶⁷ una sentencia en la que se indemniza el daño por perdida de brazo izquierdo de un menor MHB de 7 años en el momento de ocurrir el hecho, que le fuera arrancado por un oso al introducir su mano izquierda en la jaula a través del alambre tejido (8-10-88) 66% incapacidad labor obrera, 80% incapacidad psíquica, 1ra Instancia condeno a J C (Concesionario del zoológico), SM (empleada del PAN) y al Estado Nacional(propietario del fundo) en forma concurrente y rechazo la pretensión con respecto a la Municipalidad de E Echeverría. En 2da instancia, se argumento que el Concedente omitió cumplir las obligaciones de contralor de la actividad del concesionario, que la Municipalidad omitió efectuar el control de la actividad desarrollada y no

⁶⁵ SC Mendoza Pascual c Moyano y otros, LL Gran Cuyo julio 2006

⁶⁶ con respecto a este tema específico v. Sagarna Fernando Responsabilidad civil por el transporte escolar LL1996-D-825

⁶⁷ Se estimo un 66% incapacidad labor obrera, 80% incapacidad psíquica 1ra Instancia condena a J C (Concesionario del zoo), SM (empleada del PAN) y al Est Nac.(propietario del fundo) en forma concurrente y se rechazo con respecto a la Municipalidad de E Echeverría. Los montos indemnizatorios fueron Victima \$920.000 padres \$6.000 y hna \$45.000. 2da instancia extiende la sentencia a la Municipalidad omitió efectuar el control de la actividad desarrollada y no verifico la existencia o inexistencia de medidas de seguridad y modifica montos indemnizatorios en los rubros Incapacidad \$450.000, Daño Moral \$470.000, a la hermana le otorga por tratamiento psicológico \$20.000 y confirma los otros rubros

verifico la existencia o inexistencia de medidas de seguridad por cual se extiende la sentencia se funda la responsabilidad en los Art. 1066, 1074, 1112 y conc del CC⁶⁸.

Será una cuestión de apreciación en el caso concreto el que se den los requisitos para operar tal responsabilidad, pero doctrinariamente, *a priori* no encontramos óbice para su aplicación, pues responde a los mismos fundamentos constitucionales existentes en el estado de derecho. Es por todo esto que consideramos perfectamente viable la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía, y que la omisión puede ser, al igual que la acción defectuosa o excesiva, la causa del daño que deba ser reparado.

2.b) La Cuantificación del Daño Ambiental

Con respecto al “daño ambiental” el problema es de enorme interés y complejidad, ya que por su naturaleza es un daño colectivo, afecta a comunidades de individuos y puede presentarse en regiones que rebasan las fronteras de un solo país y pudiendo ser a la vez un daño individual consolidado en ciertas personas o bienes⁶⁹. Por eso manifestamos que los daños ambientales pueden constituir tanto un daño individual como colectivo, teniendo como víctimas al Ambiente, la comunidad o los sujetos individuales⁷⁰.

Los “daños colectivos” inciden sobre la colectividad propiamente dicha⁷¹, y los sujetos que resultan dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad; este daño colectivo no surge de la simple suma de los daños individuales, sino que presenta una dimensión propia y una autonomía que lo caracterizan, conforme lo hemos sostenido, afectando simultánea y coincidentemente a la sociedad y tal es la independencia de los daños colectivos que pueden existir sin concurrencia de daños particulares *stricto sensu*, al afectar el entorno o equilibrio ecológico sin dañar a un sujeto en su salud o patrimonio

El problema ambiental ha sido captado como una de las consecuencias del avance tecnológico, y abarca una serie considerable de cuestiones (productos, lluvia ácida, ozono, contaminación hídrica, ruidos, cambios climáticos, etc.) que englobamos en la tutela al ambiente y en el derecho a la “calidad de vida”. Es un derecho humano de “tercera

⁶⁸ El Dial Express Año IX Lunes 2 de octubre de 2006.

⁶⁹ V Daño ambiental colectivo enviado a LL o el capítulo respectivo de Daños Colectivos y la reparación

⁷⁰ Recordemos que al analizar el tema de los daños colectivos en nuestra Tesis nos expedimos en cuanto a que el daño ambiental pertenece a esta categoría, pues afecta a la comunidad toda por encima de los individuos considerados aisladamente, aunque éstos también puedan sufrir un daño particular.

⁷¹ También se ha hablado de los daños Morales colectivos. V Zavala de Gonzalez Matilde en su comentario en LLBA 1997-112 al fallo Cciv y Com de Azul Sala II Municipalidad de Tandil c Transporte de Automotores La Estrella SA y otro

generación”, a un medio ambiente sano y equilibrado, y al patrimonio común de la humanidad, que se funda, según Gross Espill, en la idea de la solidaridad entre los hombres⁷².

Para poder configurar lo que técnicamente denominaremos “daño ambiental” debemos tener en claro la existencia de ciertos bienes que hoy gozan de protección explícita en las modernas legislaciones, los bienes comunes —como el aire— son necesarios para todos, pero no son propiedad definida de nadie, a menos que se acepte que conforman el patrimonio común de la humanidad, y que sus titulares son las generaciones actuales y futuras

Recordemos que existen ciertas cuestiones que están íntimamente ligadas para que un orden jurídico reconozca la existencia y el valor de estos bienes colectivos o comunes: a) se debe aceptar la existencia de la tutela de los intereses difusos o colectivos; b) se debe reconocer un derecho a la salud, a la calidad de vida, garantizado constitucionalmente, y c) se debe admitir un derecho al ambiente.

En Italia, Alpa manifiesta que la Corte distingue, con relación a los “bienes colectivos”, los bienes denominados de disfrute colectivo de los de disfrute individual. Los primeros corresponden a los llamados intereses colectivos, pero contienen elementos de individualidad y no excluyen la existencia de intereses legítimos, pues la lesión del ambiente puede dañar el patrimonio de la persona lesionada en el derecho de propiedad⁷³

Pese a la importancia del tema y de su trascendencia en el ámbito internacional, aquí muy poca gente es capaz de percibir que un daño causado a esta clase de bienes es un daño a sus derechos e intereses, y que el problema ambiental es una cuestión global que no tiene fronteras, nosotros sostenemos que siempre los daños ambientales deben ser resarcidos y buscarse la recomposición y en su defecto la indemnización.

Al Derecho le corresponde como manifestación social considerar las siguientes cuestiones: 1) qué o quién actúa sobre el ambiente; 2) el porqué de determinadas acciones, y 3) quién sufre o se beneficia con el cambio de las condiciones ecológicas.

Sostiene Cano que el Derecho ambiental ha nacido en el momento en que se comprendió que “el entorno” constituye un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí, y además que su comprensión originó la elaboración de principios científicos

⁷² Gross Espill, Héctor: *Estudios sobre derechos humanos*, ps. 140 y ss., Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

⁷³ Alpa, Guido: *Compendio del nuovo diritto privato*, ps. 30 y ss.,

técnicos para el manejo integrado de los diversos elementos que conforman el ambiente humano como conjunto o universidad⁷⁴. La aplicación de tales principios al orden físico y social origina la necesidad de trasladarnos al campo jurídico, y la de adoptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación.

Es necesario que intentemos conceptualizar el término “contaminación” podríamos decir en principio que sería toda introducción en el medio de elementos físicos o factores de cualquier clase que disminuyan o anulen la función biótica y más concretamente, se puede definir como el acto o resultado de la interrupción, vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, superando provisoriamente o definitivamente, total o parcialmente, la capacidad defensiva y generativa del sistema para dirigir y reciclar elementos extraños por no estar neutralizado por mecanismos compensatorios naturales⁷⁵.

El proceso a que está sometida la Tierra ha merecido por parte de Garret Hardin la denominación poética de “tragedia de los comunes”, y al abordar el tema del proceso de sobre-uso y depredación manifiesta que la economía moderna sostiene que negar valores a los bienes comunes es una falacia⁷⁶. La “externalidad” sería el coste que no es tomado en cuenta por el sujeto que efectúa decisiones económicas desde que él no se hace cargo de ellos, puesto que lo transfiere a otras personas o la sociedad como un todo; este coste puede afectar bienes comunes o bienes privados. La transferencia de costes al medio ambiente y a la sociedad presenta para el que lo hace un ahorro de gastos y para la colectividad un daño que tendrá las características de ser un daño jurídico.

Con la reforma constitucional hemos sostenido que en el Art. 41 se establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano equilibrado, apto para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras y que tienen también el deber de preservarlas, es un derecho-deber, se preceptúa que el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer y que las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales.

⁷⁴ Cano, Guillermo: Administración ambiental, ps 5 y ss., “Rev. Ambiente y Recursos Naturales”, vol. I, n° 2, Ed. La Ley, Bs. As., 1984.

⁷⁵ Magariños de Melo, Mateo Conceptos y definición jurídicos de contaminación Rev de Ambiente y Recursos Naturales vol 1 n 2

⁷⁶ Solanes, Miguel: Las externalidades: un concepto ecológico – económico de importancia en el Derecho Ambiental, ps. 49 y ss., “Rev. Ambiente y Recursos Naturales”, vol. II, n° 3, Ed. La Ley, Bs. As., 1985

Hay que tener presente que por ley 24295 se hallan vigentes la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio climático, por ley 24375 el Convenio sobre diversidad biológica y por ley 25841 el acuerdo Marco del Mercosur y que en virtud del Art. 41 se han dictado las leyes de Presupuestos Mínimos en materia de Gestión integral de residuos industriales (25612) de Gestión y eliminación de PCBs (25670) Ley General del Ambiente (25675), de Preservación General de aguas (25668) libre acceso a la información publica Ambiental (25831) y la de Gestión integral de residuos domiciliarios (25916)

La Ley General del Ambiente define al daño ambiental como toda alteración que modifique negativamente el ambiente sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos y se aplica a hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos, que por acción u omisión causen daño ambiental de incidencia colectiva.

Estableciendo en el Art. 28 que el que cause un daño ambiental será objetivamente responsable del restablecimiento al estado anterior y que en el caso de no ser técnicamente posible de la indemnización sustitutiva. La exención de responsabilidad solo se producirá si los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no se deba responder.

El Art. 30 otorga la legitimación por daño ambiental colectivo al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental (Conf. 43 CN), al Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Si hubiesen participado dos o mas personas o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño todos serán solidariamente responsables frente a la sociedad sin perjuicio de su derecho de repetición (Art. 31) Este articulo trae además la importante responsabilidad de las personas jurídicas extensiva a sus autoridades y profesionales en la medida de su participación

Los efectos de la sentencia son erga omnes a menos que la acción sea rechazada aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias y el juez tiene un rol muy activo conforme lo faculta el Art. 32 pudiendo disponer medidas necesarias para ordenar conducir o probar los hechos dañosos en el proceso a fin de proteger el interés general.

En el denominado sistema civilista argentino existieron, desde la sanción del Código, ciertas normas que podrían aplicarse a la cuestión ambiental, Vélez Sarsfield plasmo en el Art. 1133, el inc. 4, con su referencia a las exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes; el inc. 7, con respecto a las obras nuevas de cualquier especie, aunque fueran en lugar público y con

licencia, estableciéndose una responsabilidad del “dueño” ligada a las cosas; los Art. 2618 y 2619, referidos a ruidos que excedan la normal tolerancia incomodando al vecindario, previéndose la obligación de indemnizar aunque medie autorización administrativa; además en la nota respectiva se amplía el espectro al aludir genéricamente a manufacturas, máquinas, empresa “insalubre”⁷⁷ y también se establecieron los Art. 2625 sobre exhalaciones infestantes, gases fétidos, infiltraciones nocivas, y el 2653 y concordantes referidos a las aguas y al agravamiento del fundo inferior.

La ley 17.711 introdujo ciertas normas fundamentales que han sido objeto de serias consideraciones en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil: los Art. 1071, 1113, 2499 y 2618⁷⁸.

El Art. 2618 establece un factor objetivo que la doctrina ha denominado “exceso a la normal tolerancia”: en él se faculta al juez a ordenar el cese de la actividad o fijar un monto indemnizatorio, contemporizando los intereses de la sociedad con los de la actividad que se desarrolla; es una norma amplia que permite una adecuación a los diferentes supuestos de contaminación. Si bien sólo pareciera ser aplicable a las relaciones de vecindad, una interpretación finalista y analógica permitirá dar un sostén a la responsabilidad ambiental.

⁷⁷ Art. 1133: “cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño alguno, su dueño responderá de la indemnización, si no prueba que de su parte no hubo culpa, como en los casos siguientes: inc. 4, Exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstas sin las precauciones necesarias”.

Art. 2618: “El ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad o continuidad viene a ser intolerable para ellos y excede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad”.

Art. 2619. “Aunque la obra, o el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la administración, los jueces pueden acordar indemnizaciones a los vecinos mientras existan esos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas, según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran”

⁷⁸ Art: 1071, segunda parte “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Art. 1113, segunda parte: “...pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder”.

Art. 2618: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

“Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias.

Tal tipo de interpretación es la que propusimos con respecto a los Art. 1113, segunda parte, en lo que respecta al riesgo ambiental, y 1071, pues la degradación ambiental configura un abuso en el uso de las cosas comunes.

En cuando al Art. 2499, entendemos que puede convertirse en el pilar fundamental pues permite la acción de daño temido, de modo tal que sería una suerte de acción popular en pro del ambiente para obtener medidas cautelares y así evitar un daño.

Dicho artículo juega armónicamente con los Art. 16, 1071, 1113, 2da parte, y 2618 del mismo cuerpo legal, y con parte del Preámbulo ya citado, con el 41 y el 43 de la CN y con la Ley 25675; así, sí se constata que la actividad desarrollada por cualquier particular o industria pone en peligro la preservación del equilibrio ambiental, debe cesar ésta e indemnizarse los daños ocasionados.

En éstas líneas de pensamiento, también debemos tener en cuenta que producida la degradación del ambiente por factores extraños a la evolución natural, habrá que analizar si es posible determinar el autor o los autores sobre quienes recaerá entonces la obligación de indemnizar los daños ocasionados (colectivos o individuales); esta responsabilidad es extracontractual por el uso o incorporación de cosas o actividades riesgosas.

Es cierto que a responsabilidad podría, en algún supuesto, ser por dolo o culpa del agente, pero opinamos siempre que es preferible atribuirla en virtud del riesgo (Art. 1113, segunda parte, del C.C.) y en tal sentido encontramos las leyes de PCBs Art. 19 y ley de Gestión integral de Residuos Art. 40 .

Recordemos que la práctica exige, según Saleilles, que quien obtiene provecho de la iniciativa sobrelleve sus cargas; esta iniciativa constituye un hecho que en sí y de por sí encierra peligros potenciales ante los cuales los terceros no disponen de defensa.

Ya hemos dicho también que puede existir una autorización administrativa para la realización de tal o cual actividad, pero ella no cubriría la responsabilidad por el daño ocasionado y en este supuesto se suma además la posibilidad de tener como sujeto responsable al Estado, responsabilidad que sería de tipo indistinto o *in solidum*, por generarse en causas diversas: respecto el particular en virtud de la incorporación al medio de las cosas dañosas y respecto del Estado por su falta de servicio, por no cumplir el deber de garantía de intangibilidad del ambiente (y normas de Constitución Nacional Art. 1112 CC).

Asimismo, debemos puntualizar que existirían supuestos en los que aplicaremos el Art. 1119 de C. C., de la forma analógica que hemos sostenido, con el fundamento que radica en el

riesgo, ensanchándose el círculo de responsables a los integrantes del grupo determinado como contaminante pudiendo ser de aplicación la teoría del Markert Share o participación en el mercado⁷⁹.

En materia de fallos podemos citar como interesantes Dante Duarte con Opalinas Hurlimghan⁸⁰, Maceroni c Fabricaciones Militares⁸¹, Almada y otros c Copetro⁸², Municipalidad de Magdalena c Shell, Subterráneo de Buenos Aires c Propietario de estación de Servicio Shell⁸³ Sagarduy y otros c. Copetro SA⁸⁴, Yalonzky c. ETAPSA línea 24⁸⁵, Vinci c Schuawrtz y otro⁸⁶, Estancia Violeta SRL c Techint SA⁸⁷, Icardi c Nalco Argentina SA⁸⁸.

La Cámara Civil, Comercial y de Minería de General Roca en re “Sánchez Carrillo c. YPF SA”, estableció que se configura impacto ambiental susceptible de generar responsabilidad para las empresas petroleras por el derramamiento de petróleo y residuos de procesamiento en un curso de agua siendo de aplicación para establecer la responsabilidad el factor objetivo consagrado en el Art. 1113 2da p CC⁸⁹ y en la actualidad se encuentra en Corte Suprema los problemas de la Cuenca Neuquina⁹⁰ y de la cuenca del Riachuelo Matanza⁹¹

Creemos firmemente que los daños ambientales deben ser evitados y que en la reparación el Juez tiene un rol muy activo en el proceso donde se discuta una cuestión ambiental a fin de proteger efectivamente el interés general, conforme lo establece el Art. 32 LGA, puede disponer las medidas necesarias tendientes a ordenar, conducir o probar los hechos dañosos para poder así luego intentar la recomposición o la compensación

⁷⁹ Garrido Cordobera L y Cordobera de Garrido Rosa La responsabilidad por participación en el Mercado, en libro Hom a Isidoro Goldenberg La Responsabilidad Pág. 359 y ss

⁸⁰ LL 1995-c-360

⁸¹ JA 5 de agosto 1998

⁸² LLBA 1998-943

⁸³ JA del 29 de diciembre de 1999

⁸⁴ La prescripción en virtud de aplicar 2618 es la que surge del Art.4023 (10 a)

⁸⁵ El Dial. 18/6/03 ruidos molestos

⁸⁶ LLBA 1995,229 inmisiones

⁸⁷ LLPatagonia daño ambiental en una relación contractual, de comodato, se ordena la recomposición del suelo

⁸⁸ LL 2006-B-570 contrato de locacion y contaminación por hidrocarburos del suelo,

⁸⁹ Se estableció en 1ra instancia una indemnización que se confirma de \$414.209,12

⁹⁰ Asociación de superficiarios de la Patagonia c YPF y otros E Dial

⁹¹ LL 14 de septiembre 2006

3. Exhortación final

Recordemos una vez más las palabras de Charles Chaumont, que son aplicables al tema que nos ocupa de la cuantificación de daños: “ El jurista no sólo ha de comprobar y exponer el Derecho establecido; es indispensable que plantee los problemas correctamente para contribuir a que los resuelvan correctamente, y que se dé cuenta de las consecuencias jurídicas de las situaciones ya creadas, cuyo alcance se deben medir”