

tar el mal que se le ocasiona <sup>112</sup>. El interrogante que se plantea es respecto de la calificación jurídica de este último supuesto. Creemos que podría ser calificado como homicidio culposo o bien concluir que no existió nexo causal adecuado —habrá que ver la trayectoria del objeto que provoca la muerte, como una bala—, en cuyo caso estaríamos frente a un caso fortuito. Por lo tanto, de acuerdo a las circunstancias fácticas podemos estar en presencia de un acto ilícito o considerar que no hubo nexo causal entre el acto del agente defensivo y la muerte del tercero inocente. ¿Atenta esta conclusión contra el principio de unidad y objetividad del concepto de antijuridicidad? Creemos que no. Ello por cuanto el ordenamiento considera al acto como lícito en cuanto es causa de la muerte del agresor ilegítimo —legítima defensa— y como ilícito —homicidio culposo— o eventualmente consagra la ausencia de nexo causal adecuado, en cuanto causa la muerte de un tercero inocente, por lo que se trata de dos realidades distintas, por lo tanto no hay una doble calificación contradictoria de una misma realidad, no atentándose contra la unidad de la antijuridicidad. Y tampoco se viola la objetividad de dicho concepto por cuanto ya hemos expresado que la objetividad se relaciona con la independencia del acto respecto de la situación personal del agente, pero no con la situación en la que permanece la víctima de dicho acto.

#### VIII. DAÑO INJUSTO CAUSADO POR ACTO LÍCITO

En este apartado desarrollaremos el último de los temas que, consideramos, incluye la temática objeto de este trabajo, puesto que el próximo hará las veces de resumen de las conclusiones a extraer en forma global. El tratamiento del daño injusto causado por acto lícito representa el meollo de la responsabilidad civil por acto lícito. Hasta ahora hemos analizado el concepto de la antijuridicidad en la responsabilidad por acto lícito y luego hemos hecho referencia a distintos supuestos de responsabilidad susceptibles de ser confundidas —erróneamente— con la originada por acto lícito. Finalmente, en el apartado precedente examinamos los supuestos de daño justo causado por acto lícito, habiendo concluido que en tales hipótesis no existe responsabilidad civil alguna, justamente porque la situación o resultado generados por el acto lícito no es dable de reputarse antijurídicos. Es así que la responsabilidad por acto lícito se patentiza solamente cuando de dicho acto lícito resulta una situación antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico. Una regla que esbozamos en las consideraciones ya efectuadas es que en

<sup>112</sup> Ver en ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Responsabilidad por el daño necesario", ps. 59/63.

estos supuestos el damnificado está obligado a soportar la actividad lícita, por lo que no puede oponerse legítimamente a la causación del daño, pero ello no implica que no pueda reclamar el resarcimiento de dicho perjuicio.

Comenzaremos por tratar los diversos supuestos de responsabilidad por acto lícito que prevé el Código Civil, para luego acometer con las dos grandes áreas, a nuestro entender, de este tipo de responsabilidad, que son: el daño necesario y el causado por la actividad lícita del Estado. El Código Civil contiene distintas normas aisladas, sin un tratamiento orgánico del tema, que disponen la indemnización de un daño cuya causación es permitida por el ordenamiento jurídico. Así, el art. 2553, que autoriza, sin consentimiento previo, la búsqueda de un tesoro en predio ajeno siempre que se garantice todo daño al propietario del inmueble. Otro tanto cabe manifestar del art. 2618, en cuanto dispone la indemnización por las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o daños similares en inmuebles vecinos aunque mediare autorización administrativa para las mismas; o del art. 3077, que establece que quien, para edificar o reparar su casa, tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino puede obligar a este último a sufrirlo con la condición de satisfacer el perjuicio que se causare; y del art. 3082, que impone la obligación de otorgar servidumbre de acueducto en favor de la heredad, del pueblo o del establecimiento industrial que carezca de aguas necesarias, con el cargo de una justa indemnización en favor del predio sirviente. Como bien dice Vázquez Ferreyra <sup>113</sup>, a quien seguimos en este análisis, los daños descritos en las normas enunciadas nada tienen de “lícitos” o de “no injustos”, o para decirlo más claramente no son daños “justos”, como el inferido al agresor ilegítimo en la legítima defensa. Ello es así porque los damnificados pueden ser obligados a sufrir el daño pero no a que no se les resarza el mismo. La situación en la que permanece el dueño de un predio que ha sido profundamente excavado para buscar el tesoro (art. 2553) es antijurídica, injusta, por lo que debe reparársele el daño, a menos que él haya sustraído el tesoro y lo escondiera, en cuyo caso se podría invocar la falta de la víctima (conf. art. 1111). Lo mismo procede decir de las otras normas enumeradas. En definitiva, en los ejemplos citados encontramos actos perjudiciales lícitos, autorizados por el ordenamiento, que no pueden ser resistidos por las víctimas, pero que generan perjuicios injustos —situaciones antijurídicas—, los cuales deben ser debidamente indemnizados ya que los damnificados han sido ajenos o no dieron origen mediante una conducta antijurídica al acto lícito que ocasiona el daño. En cuanto al factor de atribución, entiendo que

<sup>113</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 145/148.

pueden invocarse la equidad y la solidaridad social y en el particular ejemplo del art. 3082, cuando el favorecido por la servidumbre —el “dominante” en los términos del art. 2973— sea un pueblo, considero que cabe argumentar el principio de la igualdad ante las cargas públicas, ya que se ocasiona un daño a un particular en beneficio de la comunidad.

Pasamos ahora a tratar la causal de justificación del estado de necesidad. Esta causal, al igual que la legítima defensa, se encuentra legislada expresamente por el derecho penal pero no ha recibido regulación expresa en la legislación civil, lo que explica que haya sido la doctrina penal y no la civil la que se haya ocupado con mayor extensión y profundidad de este instituto. Dentro de los civilistas, Zavala de González tiene en su haber un meduloso estudio orgánico del tema, al que hemos hecho referencia más arriba<sup>114</sup>, analizando desde el derecho civil la responsabilidad por los daños causados en estado de necesidad. En este trabajo sólo nos proponemos bosquejar los aspectos más importantes de esta responsabilidad civil sin entrar en un análisis profundizado del instituto. El art. 34, inc. 3° del Código Penal consagra que no es punible quien causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. Su naturaleza jurídica corresponde a la de una causal de justificación, esto es, el ordenamiento jurídico autoriza el acto necesario, lo ampara, lo considera lícito<sup>115</sup>; el fundamento de la justificación radica en la desproporción de los males en juego en cuanto a que el que se ocasiona es menor que el que se evita, por lo que el ordenamiento considera tal conducta como axiológicamente valiosa<sup>116</sup>. Una primera conclusión de la licitud del acto necesario es que quien sufre el mal menor, el damnificado, no puede oponerse legítimamente al mismo.

En cuanto a los requisitos del estado de necesidad, Zavala de González enumera: 1) la situación de necesidad creada por un mal mayor e inminente que amenaza un bien del agente o de un tercero y respecto del cual el autor o agente es extraño, es decir que no le es reprochable la causa de dicho mal<sup>117</sup>; 2) el hecho necesario, consistente en la causación de un mal menor, lo que se evidencia en la lesión a un bien cuya titularidad es indiferente, siendo solamente exigible que no sea de dominio del propio agente, en cuyo caso se trataría de un acto de abnegación y no de estado de necesidad<sup>118</sup>; 3) que exista una desproporción objetiva y racional entre el mal mayor que se evi-

<sup>114</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad por el daño necesario”, ya citado.

<sup>115</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., ps. 136/140.

<sup>116</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad por daño necesario”, ps. 99/102.

<sup>117</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 10/30.

<sup>118</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 30/36.

ta y el menor que se ocasiona, haciendo la salvedad de que el estado de necesidad no puede amparar como mal menor la lesión a la vida humana por cuanto no es posible considerar objetivamente inferior una vida frente a otra <sup>119</sup>; 4) la necesidad del hecho para evitar el mal mayor <sup>120</sup> y 5) la finalidad del agente que debe obrar para evitar dicho mal mayor <sup>121</sup>. Escapa al propósito de esta obra distinguir el estado de necesidad de otras instituciones jurídicas, solamente entendemos conveniente recordar lo expuesto en el apartado VI, en cuanto a la diferencia entre el daño involuntario por coacción o intimidación en el agente y el daño necesario. En el primer caso, recordamos que se trata de un acto antijurídico involuntario; en el segundo, estamos en presencia de un acto lícito autorizado por el ordenamiento jurídico. La intimidación es una causal de inculpabilidad y por ende de índole subjetiva; el estado de necesidad es una causal de justificación y de carácter objetivo, pues dicha objetividad radica en la desproporción entre los males en juego <sup>122</sup>. La otra distinción —las hay más— que deseamos destacar es la del estado de necesidad respecto de la legítima defensa <sup>123</sup>. Ambos institutos son causales de justificación, por lo que los actos defensivos y necesarios son de carácter lícito; sin embargo, los resultados o situaciones que se derivan de ellos son diversos. La víctima en la legítima defensa es el agresor ilegítimo y como tal le es reprochable el daño que se le ocasiona, por lo que es factible referirse al mismo como un “daño justo” o “situación lícita”, mientras que el damnificado necesario es ajeno al mal mayor que se evita con la lesión a su bien; consecuentemente, si bien no le es dado oponerse legítimamente a sufrir el mal menor, resulta injusto no resarcirlo, su situación es antijurídica.

En cuanto a la reparación del daño, bien dice Orgaz que si el agente necesario ha ocasionado con su conducta, de alguna u otra forma, el mal mayor que se pretende evitar con el acto necesario, no estamos en presencia de un estado de necesidad, ya que faltaría la “ajenidad” con relación al mal inminente y por ende el agente resulta responsable del daño por dolo, culpa o algún eventual factor objetivo como el riesgo <sup>124</sup>. Y si el damnificado necesario fue quien originó la situación de necesidad, no hay obligación alguna de indemnizar ya que éste tampoco ha sido ajeno al mal mayor inminente, por lo que bien puede fundarse la situación en el art. 1111, tal como

<sup>119</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 39/45 y 55/64.

<sup>120</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 69/77.

<sup>121</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 77/81.

<sup>122</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 112/113.

<sup>123</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 108/110.

<sup>124</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 148.

expresamos respecto de la legítima defensa. Bien dice Orgaz que los casos que plantean la especial reparación que se debe por el daño necesario son aquellos en los cuales existe un agente y un damnificado necesarios inocentes, es decir, ajenos a la situación de necesidad presentada, lo que involucra un “conflicto de intereses”, porque aquí, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, sí tenemos dos intereses legítimos encontrados, por lo que ambos merecen protección para el ordenamiento jurídico <sup>125</sup>. Debe recordarse que estamos frente a un acto lícito, es decir, autorizado por el ordenamiento, por lo tanto al damnificado no le está permitido resistir el acto necesario. Dice Savatier, citado por Orgaz, que la necesidad justifica el acto de intromisión en bienes ajenos pero no justifica lo que no tiene nada de necesario, esto es, el desplazamiento de la incidencia definitiva del daño <sup>126</sup>. El fundamento del resarcimiento del daño necesario reside en que el damnificado no tiene por qué contribuir con sus bienes a la salvación de bienes ajenos, no existe ninguna obligación legal ni conducta reprochable que lo haga pasible de tal contribución. Orgaz lo dice claramente: la necesidad individual no es por sí misma un título que obligue a la solidaridad <sup>127</sup>. Por dicha razón, es esa misma solidaridad social como factor de atribución <sup>128</sup> la que ahora sí obliga al beneficiado por el acto necesario, sea o no el agente, a indemnizar al damnificado, ya que es de toda lógica que quien ha sido beneficiado por una solidaridad impuesta por la ley a quien no tenía obligación personal o legal alguna retribuya —indemnice— solidariamente el beneficio recibido mediante la reparación pertinente del daño ocasionado. Coincidimos con Vázquez Ferreyra y Zavala de González en que el obligado a resarcir, el responsable, debe ser el interesado o beneficiado necesario, sea o no el agente <sup>129</sup>. En cuanto a la extensión de la reparación, compartimos la tesis amplia enunciada por Orgaz, para quien no hay razón para variar dicha solución, que expresamente está prevista para los supuestos de los arts. 2553, 3077 y 3082 <sup>130</sup>, sin perjuicio de que es factible prever una reducción equitativa de la reparación en virtud del art. 1069 <sup>131</sup>.

Resta por tratar, con relación al daño necesario, si dicha responsabilidad halla regulación en nuestro sistema civil actual. Zavala de González

<sup>125</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 148.

<sup>126</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

<sup>127</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

<sup>128</sup> Ver en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155.

<sup>129</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 165/169.

<sup>130</sup> ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 154.

<sup>131</sup> Ver ORGAZ, A., *La ilicitud*, cit., p. 155; VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 155, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad ...”, cit., ps. 172/173.

entiende que en nuestra legislación civil vigente no existe posibilidad alguna de responsabilizar por el daño causado en estado de necesidad. Creemos que su posición es coherente con su opinión acerca de la imposibilidad de que un acto lícito tenga o genere consecuencias ilícitas, por lo que al tratarse de una responsabilidad ajena al principio general de la ilicitud o antijuridicidad, ésta debe estar expresamente contemplada por la ley, por lo cual, mientras no lo esté, no es posible fundarla en norma alguna del sistema actual <sup>132</sup>. Consideramos, al igual que Vázquez Ferreyra, que existe antijuridicidad en la situación en la que permanece el damnificado mientras no se le repare el daño, sobre lo cual ya nos hemos explayado en el apartado IV, por lo tanto no consideramos que deba existir una expresa excepción en la legislación. Al igual que el autor rosarino, consideramos que el principio del “empobrecimiento injustificado” sirve de cabal fundamento para esta responsabilidad, ya que dicho empobrecimiento es el reverso del “enriquecimiento injustificado” <sup>133</sup>. Dicho principio no ha recibido tratamiento orgánico en la legislación pero está presente en numerosas normas del Código Civil, que sirven de fundamentación analógica para la indemnización del daño causado en estado de necesidad —v.gr., arts. 499, 784, 2301, 2302, 1165, 2588, entre otros—. Sin embargo, entendemos que el daño necesario genera una responsabilidad que no se agota en la acción *in rem verso*, ya que si se circunscribiera a ella, la reparación estaría limitada por el resultado benéfico obtenido por el interesado, lo que contradice la tesis de la reparación amplia a la que adhiriéramos en el párrafo anterior. Es así que partiendo de que la situación en la que se coloca al damnificado es ilícita, antijurídica, encontramos que existe daño resarcible en los términos de los arts. 1068 y 1069, párr. 1º, del Código Civil. Se podrá argumentar que tales normas presuponen la existencia de un acto ilícito que ocasione el daño (conf. arts. 1066 y 1067, CCiv.), en cuyo caso creemos que son de aplicación analógica en cuanto argumento fundante las normas de los arts. 2553, 3077 y 3082 del Código Civil, ya que las mismas prevén supuestos similares en cuanto a que se trata de actos lícitos, permitidos por el ordenamiento, pero causantes de daños injustos, de situaciones antijurídicas. Finalmente, diremos que la responsabilidad por el daño necesario es pasible de generarse en el ámbito contractual, en cuyo caso cabe también adherir a la tesis de reparación amplia sin circunscribirnos al supuesto del enriquecimiento sin causa —el que está expresamente previsto en el art. 895—, claro está con las limitaciones pro-

<sup>132</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 155/164.

<sup>133</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 154/155.

pías de la materia contractual en cuanto a la extensión del resarcimiento (conf. arts. 520 y 521, CCiv.)<sup>134</sup>.

Para culminar con este apartado, nos referiremos a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ámbito en el cual la jurisprudencia ha tenido mayores oportunidades de explayarse con relación a la responsabilidad por acto lícito. En el campo doctrinario han sido los administrativistas más que los civilistas quienes le han dedicado mayor atención a la cuestión y existe una profusa bibliografía sobre el tema. Obviamente no es el objeto de este trabajo realizar un estudio profundizado de la cuestión, que merece un tratamiento autónomo al igual que el daño necesario, por lo que nos limitaremos a cotejar el elemento antijurídico en este tipo de responsabilidad, sin perjuicio de hacer mención a sus características particulares. Ante todo cabe ubicar la responsabilidad del Estado por acto lícito dentro del capítulo más amplio de la responsabilidad del Estado. Aunque resulte una obviedad, debe partirse de que el Estado es responsable por todos sus actos en general, sin que existan en principio diferencias ni un régimen especial por tratarse del Estado, de otra persona jurídica o de una persona física, la que tenga que responder. Esto que nos parece una consecuencia natural del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), recién fue aceptado de manera conteste a partir de la década del 30 en nuestro país. Recuerda Marienhoff que la responsabilidad contractual del Estado, ya se tratara de contratos de derecho público o privado, era aceptada, en cuanto la existencia de un vínculo contractual impone su cumplimiento y no su violación<sup>135</sup>. Pero en el ámbito extracontractual se comenzó por admitir la responsabilidad estatal en el derecho privado, pero no en el público, como consecuencia del principio de que el Estado soberano no puede dañar —“*the king can do not wrong*”—, por lo que en este ámbito regía la irresponsabilidad del Estado y sus funcionarios<sup>136</sup>. Hoy es pacíficamente aceptada la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, ya sea en el ámbito contractual y extracontractual, así se trate de su actuación en el derecho privado como en el público. Los fundamentos de la admisión de esta responsabilidad son la clara vigencia del principio de igualdad ante la ley, frente al cual no existe motivo alguno para privilegiar al Estado como una excepción a la regla, ya que los principios del Estado de Derecho someten tanto a los particulares como al propio Estado, que debe subordinarse al ordenamiento jurídico<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Responsabilidad...”, cit., ps. 199/203.

<sup>135</sup> MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 691.

<sup>136</sup> MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., ps. 692/693.

<sup>137</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., ps. 698/702 y VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 156.

La distinción entre responsabilidad del Estado por su actuación en el derecho privado y en el derecho público, tan cara a la doctrina administrativista, no parece que tenga bases sólidas a la luz de lo expuesto respecto de los principios del Estado de Derecho que sirven de fundamento a la responsabilidad del Estado en general. La distinción apuntada se apoya en que el Estado, ya sea en su responsabilidad contractual como extracontractual, puede actuar como persona de derecho privado. Así, dice Cassagne que cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil su responsabilidad se rige por el derecho civil, mas si la causa generadora de la responsabilidad reside en la actuación del Estado dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de ésta, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando admite que pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad el art. 1112 del Código Civil <sup>138</sup>. Así, según esta concepción, a modo de ejemplo habría responsabilidad contractual del Estado de derecho privado en caso de que no abone un alquiler por un inmueble que arrienda, y sería un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado de derecho privado la colisión entre un rodado de propiedad estatal no utilizado en algún servicio oficial y otro vehículo que resulte dañado, en cuyo caso habría responsabilidad del Estado como dueño de una cosa riesgosa (art. 1113). En cambio, habría responsabilidad contractual de derecho público si el Estado no cumple con las obligaciones a su cargo en un contrato de concesión de un servicio público, por ejemplo, si no entrega en el plazo convenido las instalaciones necesarias para que el concesionario pueda comenzar a explotar el servicio. Y estaríamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual de derecho público si la autoridad competente clausura un local comercial con exceso en el ejercicio de sus funciones o, de acuerdo a lo dicho por Cassagne, si el rodado del Estado protagonista de un choque era utilizado en dicho momento en algún servicio oficial. Esto último se nos representa como un ejemplo de la sinrazón de la distinción señalada ya que, para la víctima del choque —claro está que no haya mediado falta por parte de ésta— le es indiferente que el rodado estatal estuviera en servicio —móvil policial de patrulla— o no, ya que el daño es el mismo. Esto nos lleva a considerar que el régimen de la responsabilidad estatal, ya sea que actúe como persona de derecho privado o público, no escapa a la teoría general de la responsabilidad y que aun cuando existan normas de derecho público que contemplen expresamente o fundamenten la responsabilidad del Estado, es aplica-

<sup>138</sup> Ver CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99-941.

ble siempre por analogía o en forma supletoria el derecho común. Esta posición es mayoritaria en la doctrina privatista y fue resumida en forma harto clara por Bueres en ocasión de un plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal respecto de la prescripción de la acción por indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual lícita del Estado <sup>139</sup>. En comentario a dicho fallo, Mosset Iturraspe manifiesta que la distinción de la responsabilidad del derecho público dentro del derecho de daños responde a diferencias que carecen de entidad suficiente y a posturas que bajo tal distingo pretenden otorgar un tratamiento más favorable al Estado respecto de otros sujetos responsables <sup>140</sup>. En definitiva, si el fundamento de la evolución doctrinaria y jurisprudencial que giró desde la irresponsabilidad del Estado hasta hacerlo responsable tanto de sus actos como persona de derecho privado como de los efectuados en el ejercicio de sus funciones públicas fue la vigencia de los principios del Estado de Derecho, el sometimiento del Estado al derecho y al principio de igualdad ante la ley, distinguir dicha responsabilidad de acuerdo con el ámbito de actuación del Estado, con las consecuencias correspondientes, en especial en materia de reducción de la extensión del resarcimiento, importa una rémora del equivocado principio de la infalibilidad del Estado y un privilegio, atenuado pero privilegio al fin, respecto de la señalada igualdad en el sometimiento a la ley.

Expuestos los motivos por los cuales consideramos que la responsabilidad del Estado no merece un estatuto diverso dentro de la teoría general de la responsabilidad, resulta más comprensible entender que, así como los particulares pueden ser responsables tanto por actos ilícitos como por actos lícitos, lo mismo cabe decir del Estado. Así, el Estado responde por actos ilícitos, ya sea en el ámbito de los contratos o de la responsabilidad aquiliana, como por actos lícitos también en los dos ámbitos, siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para que se genere la responsabilidad. Y tales presupuestos son los que enumeramos en el apartado II: antijuridicidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución. Nos abocaremos al análisis de los ribetes específicos que estos factores presentan en el tipo de responsabilidad que estamos examinando.

En cuanto a la antijuridicidad, debe recordarse que hablamos de actividad lícita del Estado porque la misma está autorizada, permitida por el ordenamiento. Es decir, de acuerdo con lo que expresáramos en apartados

<sup>139</sup> C. Nac. Civ. en pleno, 3/3/1988, "Ricci, Carlos v. Municipalidad de la Capital", JA 1988-II-347.

<sup>140</sup> MOSSET ITURRASPE, "La prescripción de la acción por indemnización derivada de la actividad extracontractual lícita del Estado. ¿Responsabilidad o expropiación?", JA 1988-II-360.

anteriores, existe una causal de justificación por la cual la actividad dañosa del Estado, al igual que si se tratara de los particulares, está justificada y consecuentemente el damnificado está obligado a soportar dicha actividad. Esto es la consecuencia natural de la existencia de una causal de justificación, sea que se ocasione un daño justo —legítima defensa, ejercicio de un derecho— o un daño injusto —estado de necesidad, supuestos de los arts. 2553 o 3077—. No obstante haber dicho que la clasificación de la responsabilidad del Estado según resulte de actos de derecho privado o derecho público carece de entidad suficiente para extraer de ella consecuencias jurídicas relevantes, a los efectos del análisis de dicha responsabilidad, si nos parece conveniente señalar que cuando hablamos de actividad lícita del Estado hacemos referencia a los actos ejecutados en virtud del cumplimiento de las funciones jurídico-políticas del poder estatal, ya sea la función administrativa, la legislativa o la judicial, es decir que ubicamos a esta responsabilidad dentro de la actuación del Estado en el derecho público. Esto no significa negar la posibilidad de que el Estado actúe lícitamente en el sector del derecho privado. Así, en el área de la responsabilidad contractual al Estado le cabe como a los particulares el ejercicio del derecho de incumplir su prestación en virtud del art. 1201 del Código Civil. Y en el sector extracontractual, al Estado como propietario le asiste el ejercicio del derecho que resulta de los arts. 2516 y 2517, aunque de ello derive un daño, justo en estos casos. Si nos referimos a daños injustos ocasionados por actividad lícita podría darse el supuesto del art. 3077, en el que sea el Estado el propietario que tenga la necesidad de edificar y la obligación de indemnizar el perjuicio; o en la hipótesis del art. 3082, si el “dominante” es un pueblo, bien puede el Estado comunal exigir la servidumbre de acueducto también con el cargo de la debida indemnización. Como se puede apreciar, la actividad lícita del Estado es susceptible de ejercerse cuando actúa como sujeto de derecho privado, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual, y tanto cuando origine “daños justos” o “daños injustos”, en cuyo caso será responsable como lo son los particulares. Resulta claro que cuando se habla de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, no se hace referencia a “toda” su actividad lícita, sino a aquella que se desempeña en ejercicio de las funciones del poder estatal. Usualmente, se hace referencia a la actuación administrativa del Estado, sin embargo, ello obedece a que evidentemente es la actividad desarrollada en dicha función la que genera mayores contactos, y por ende mayores eventuales daños, con los particulares <sup>141</sup>. Pero

<sup>141</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1973, ps. 725/726.

ello no empece a que la actividad lícita del Estado genere daños que se tengan que resarcir por cumplimiento de la función legislativa —un cambio de legislación que afecte derechos adquiridos, como el citado fallo “Cantón” en la nota 45—, o de la función judicial —una orden judicial que ordena allanar una vivienda de un tercero inocente donde se ocultan delincuentes y como consecuencia del allanamiento se ocasionan daños a la misma—<sup>142</sup>.

Una vez aclarado que cuando nos referimos a la responsabilidad por actividad lícita del Estado nos circunscribimos a la actividad lícita que se ejecuta en cumplimiento de las funciones jurídico-políticas del poder estatal, fluye naturalmente que estamos frente a una causal de justificación en cuanto los actos referidos son lícitos porque hacen a la competencia de los órganos estatales titulares de dichas funciones. Bien lo explica Bidart Campos<sup>143</sup> al expresar que el poder del Estado se ejerce por hombres y a tales hombres se les llama órganos, componiendo el conjunto de los mismos el gobierno y los órganos tienen un área de competencia que es la asignación de “su” función a cada órgano, la que involucra un conjunto de atribuciones y facultades. Y continúa diciendo el prestigioso constitucionalista que el uso del poder “fuera” de la competencia provoca exceso o abuso de poder y el uso del poder “dentro” de la misma pero con un “fin” distinto importa desviación de poder, agregando que dentro de la competencia hay facultades como obligaciones constitucionales, es decir, competencias de ejercicio potestativo u obligatorio<sup>144</sup>. Como se puede apreciar existe una fuerte analogía entre la causal de justificación prevista en el art. 1071 del Código Civil —ejercicio regular de un derecho y cumplimiento de una obligación legal— con la causal de justificación que legitima la actividad lícita del Estado, que bien podríamos denominar ejercicio regular de una competencia, ya sea potestativa u obligatoria. La analogía es tan evidente que también aquí encontramos la posibilidad de exceso, abuso o desviación de competencia, en cuyo caso estaríamos frente a una actividad ilícita al igual que el exceso y abuso de derecho o cumplimiento de una obligación ilegítima. Esto no significa que la competencia de los órganos estatales sea un derecho subjetivo de los mismos porque en principio el Estado no es titular de derechos<sup>145</sup>, pero ello no obsta a que a los efectos de la consideración de la causal de justificación pertinente entendamos que el ejercicio de la competencia ope-

<sup>142</sup> Con relación a la responsabilidad del “Estado-legislador” y del “Estado-juez”, ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., t. IV, ps. 733/773.

<sup>143</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental...*, cit., t. II, p. 9.

<sup>144</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental...*, cit., ps. 9/10.

<sup>145</sup> Ver BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental...*, cit., p. 10.

re de la misma manera que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal. Sí debe distinguirse que la fuente normativa de esta causal de justificación es directamente constitucional, ya que en la parte orgánica en general y en los artículos que establecen las atribuciones de cada órgano en particular (arts. 75, 99 y 116 a 119 de la Constitución Nacional en lo referente al Estado nacional) se atribuyen las competencias respectivas, sin perjuicio de que en un grado inferior, normas legislativas o administrativas, puedan precisar el contenido de las mismas. Ahora bien, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal, como vimos en el apartado precedente, generalmente no producen un “daño injusto” por lo que no originan responsabilidad alguna. Pero a veces sí, como vimos al inicio de este apartado al considerar las normas de los arts. 2553, 2618, 3077 y 3082. Creemos que como se advirtiera en tales normas, la actividad que el Estado realiza a través de sus órganos en cumplimiento regular de las competencias constitucionales atribuidas a éstos comprende lógicamente actos lícitos, autorizados y a veces obligados por el ordenamiento jurídico, y en el más alto nivel de éste, pero ello no empece a que tales actos puedan generar situaciones antijurídicas, daños injustos. Y si la causal de justificación encuentra su fundamento normativo en la Constitución, es comprensible que la antijuridicidad de la situación o perjuicio que se origina también tenga base constitucional. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina que en forma mayoritaria acepta la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se fundamenta en el principio de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16 *in fine* de la Constitución Nacional) <sup>146</sup>. Creemos que se puede esclarecer lo expuesto con la siguiente consideración. Si el ordenamiento constitucional asigna determinadas competencias a los órganos estatales, lo hace en función de los postulados enunciados en el Preámbulo de la misma, entre los cuales se destaca el bienestar general, que en terminología tomista es el bien común como fin del Estado. Y en el bien común los hombres recogen su propio bien particular, “participan” del bien común, el que “se distribuye” entre ellos, lo que conlleva a que todo lo que es común —bienes y males— se reparte entre los mismos <sup>147</sup>. Consecuentemente, el individuo recibe algo del bien común, de acuerdo con el lugar que ocupa en la sociedad, o soporta las cargas según la misma igualdad de proporción <sup>148</sup>. Se aprecia así que existe una razón filosófica, de filosofía política, que da

<sup>146</sup> Ver citas jurisprudenciales y doctrinarias en VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 161/165.

<sup>147</sup> Ver BIDART CAMPOS, G., *Derecho político*, 2ª ed., Aguilar, Buenos Aires, 1967, p. 285.

<sup>148</sup> Ver BIDART CAMPOS, G., *Derecho político*, cit., p. 285.

sustento al principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas contenido en el art. 16 *in fine* de la Constitución Nacional. En forma coincidente con el razonamiento que hemos desgranado, dice Mosset Iturraspe que “el fundamento ético y teórico de la indemnización (de los daños derivados de actos lícitos de la Administración) se busca en un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno solo”<sup>149</sup>. Si realizamos un cotejo con el fundamento filosófico de la justicia del resarcimiento del daño necesario, se puede decir que en el estado de necesidad existe una razón de “justicia conmutativa”, ya que la persona que se ve beneficiada por el perjuicio debe reparar a la damnificada por el mismo; mientras que tratándose de daños causados por la actividad lícita del Estado el principio es de “justicia distributiva”, ya que la beneficiada es toda la comunidad pero el perjudicado es un individuo o un grupo menor a la sociedad toda. Y entonces volvemos al argumento de la situación antijurídica que desarrolla Vázquez Ferreyra. El acto es lícito, está amparado constitucionalmente ya que el ordenamiento en el máximo nivel otorga, y a veces obliga, a los órganos estatales a desempeñar determinadas competencias. Pero ello no obsta a que el mismo ordenamiento, en el mismo nivel constitucional, sea contradicho por la situación que genera el acto, en tanto importa una violación al precepto de la igualdad ante las cargas públicas. Y reiteramos que esto no implica infringir el concepto objetivo y unitario de la antijuridicidad, porque se trata de dos realidades distintas que son valoradas por el derecho no en función de quien realiza el acto —la licitud de los actos no surge de que el agente sea el Estado, sino de que éste obre dentro de sus competencias—, sino atendiendo a la relación del damnificado con el perjuicio que se le ocasiona, relación que debe ser de ajenidad en cuanto no dio ocasión con su accionar a la intervención del Estado, de allí que su situación *a posteriori* de dicha intervención sea reputada antijurídica. Para finalizar con el tema de la antijuridicidad, creemos clarificar lo expuesto con un ejemplo. Si el Estado se ve obligado a “derivar” aguas provenientes de una inundación por un fenómeno natural a fin de “salvar” a una población, el propietario del campo hacia el cual se derivan las aguas tiene derecho a ser indemnizado. Mas si la inundación fue provocada por ese mismo propietario quien obstruyó con obras la “natural” corriente de las aguas, bien puede invocarse el art. 1111 como eximente de responsabilidad por parte del Estado.

<sup>149</sup> Ver MOSSET ITURRASPE, “Daños derivados de actos lícitos de la Administración”, JA 1975-28-351.

En cuanto a la relación de causalidad, Marienhoff considera que debe existir una relación directa e inmediata de “causa a efecto”<sup>150</sup>. Más allá del alcance que se le pueda otorgar al término “directo e inmediato”, no entendemos que deba exigirse un nexo causal más fuerte que el requerido en la responsabilidad en general, habiendo dicho que lo acertado es calificar a dicho nexo como adecuado. Exigir un nexo más íntimo en el tipo de responsabilidad que estudiamos importa “beneficiar” al Estado responsable no existiendo razones jurídicamente trascendentes para dicha solución. El factor de atribución es el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas, el cual es obviamente de índole objetiva. Adherimos así a lo opinado por Vázquez Ferreyra<sup>151</sup> y consideramos que con lo razonado en el párrafo que antecede hemos reforzado esta opinión. Resta tratar el presupuesto del daño, el que presenta ciertas aristas de controversia. La mayoría de la doctrina administrativista entiende que el resarcimiento en estos casos no debe ser integral o amplio, en parte fundada por la analogía que encuentran entre esta responsabilidad y los principios que rigen el instituto de la expropiación. Así, explícitamente dice Cassagne que es justo —en cuanto a los daños causados por actuación estatal legítima— que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas<sup>152</sup>. Entendemos que más allá de las analogías que puedan encontrarse con el régimen expropiatorio, lo cierto es que sobre este instituto existe una regulación legal expresa —ley 21.499—, mientras que no la hay para la responsabilidad del Estado por su actividad lícita en general, por lo que deben aplicarse las normas del derecho común, amén de que los principios constitucionales lejos de fundar una limitación en la reparación la refuerzan. En efecto, del principio de igualdad ante las cargas públicas se deriva que toda la comunidad debe contribuir en forma proporcional y razonable para la satisfacción de las necesidades públicas, y ello se efectiviza a través de las contribuciones que prevé el art. 4º de la Constitución Nacional, las que son impuestas por el Congreso, no pudiéndose exigir otro servicio personal, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley (art. 17). Por lo tanto, si se supone que el damnificado contribuye tributariamente a solventar las necesidades generales, toda otra merma o disminución que sufra en su patrimonio que no esté establecida expresamente en la ley no debe ser soportada

<sup>150</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., t. IV, p. 709.

<sup>151</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., ps. 213/214.

<sup>152</sup> CASSAGNE, J. C., “En torno...”, cit., p. 942.

por él. En términos coincidentes, Guastavino expresa que existen numerosas especies de actividad estadual lícita lesiva indemnizable, que si bien presuponen normas expresas o tácitas que les confieren licitud, no están dotadas de regímenes normativos propios o completos, por lo que los problemas que plantean hallan solución aplicando cláusulas constitucionales, principios generales y aun disposiciones análogas <sup>153</sup>. Cassagne argumenta que si se le reconocen otros rubros más allá del daño emergente se produciría un beneficio para el particular por causa de utilidad pública <sup>154</sup>. Disentimos con dicha opinión por cuanto si la actividad lícita estatal produjo un perjuicio al particular —ya sea daño emergente, lucro cesante, daño moral, etc.— su reparación nunca puede ser interpretada como un enriquecimiento injustificado, sino como la recomposición de su situación al estado anterior al acto dañoso. Para reforzar los conceptos expuestos, consideramos que pueden existir supuestos en los cuales el perjuicio originado consista solamente en rubros ajenos al daño emergente, como el lucro cesante del propietario de una playa de estacionamiento ubicada en una arteria posteriormente incluida en un área peatonal. Barra, en una posición más amplia, entiende que deben repararse todos los daños que sean consecuencias inmediatas atento la ausencia de cualquier reproche subjetivo, por lo que no debe descartarse la reparación del lucro cesante <sup>155</sup>. Como dijéramos, creemos que no existen motivos para apartarse de los principios generales del derecho común, por lo que se deberán reparar las consecuencias inmediatas y necesarias sólo en caso de responsabilidad contractual, pero en la extracontractual el resarcimiento alcanzará también las mediatas. Puntualmente, respecto del resarcimiento del lucro cesante en un supuesto de responsabilidad contractual, la Corte Suprema hizo lugar al mismo arguyendo que no eran aplicables analógicamente las normas y principios de la expropiación ya que la misma supone una restricción mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a expropiación <sup>156</sup>. En el referido caso se trataba de una revocación de un contrato administrativo por razones de oportunidad, por lo que existía un acto lícito dañoso dentro del ámbito contractual <sup>157</sup>. En síntesis, entendemos que no hay razones suficientes para apartarse de los principios generales del derecho común al momento de

<sup>153</sup> Ver GUASTAVINO, Elías P., "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", ED 118-204.

<sup>154</sup> CASSAGNE, J. C., "En torno...", cit., ps. 942-943.

<sup>155</sup> BARRA, Rodolfo Carlos, "Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", ED 142-937.

<sup>156</sup> Ver Corte Sup., 20/9/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA v. Dirección Nacional de Vialidad", ED 111-550/559.

<sup>157</sup> Ver BARRA, R. C., "Responsabilidad...", cit., ps. 938/940.

evaluar la extensión del resarcimiento en este tipo de responsabilidad, y en muchos casos cuando se quiere “limitar” la reparación al “daño directo”, creemos que “flota” una confusión con el problema de la causalidad, la que repetimos debe ser adecuada, no procediendo el requerimiento de un nexo más íntimo que se aparte de las reglas comunes para la responsabilidad en general.

Por último, es dable referirnos a ciertas características de esta especie de responsabilidad. En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en 1986 se dictaminó que este tipo de responsabilidad es directa y objetiva <sup>158</sup>. La objetividad resulta evidente por la condición del factor de atribución que es el principio de igualdad ante las cargas públicas. Y el carácter directo deriva de la circunstancia de que los órganos estatales carecen de personalidad jurídica, que corresponde al Estado, por lo que al actuar aquéllos, actúa éste directamente <sup>159</sup>. Finalmente, cabe aclarar que la responsabilidad del Estado por su actividad lícita ha recibido especial atención por parte de la doctrina en el ámbito aquiliano, mas la misma es susceptible de manifestarse en el contractual, como lo hemos verificado en el fallo de la Corte citado en el párrafo anterior, siendo en efecto el caso más corriente el de las revocaciones o rescisiones administrativas de contratos de la misma índole sin culpa del contratista y por razones de oportunidad o conveniencia <sup>160</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

Nos parece conveniente culminar este trabajo efectuando una suerte de resumen de los conceptos que consideramos más fundamentales —en el sentido de básicos—, aunque no por ello los más importantes de todo cuanto hemos tratado de reflexionar en los apartados precedentes. A tal efecto, y sin que implique un catálogo completo de conclusiones, haremos una enumeración de tales conceptos, tal como se expone a continuación.

1) Los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil son: la antijuridicidad, el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad. Podría agregarse como un primer presupuesto fáctico el acto humano, pero su consideración a los efectos de la responsabilidad es irrelevante porque queda subsumido en el análisis del nexo causal, el cual quedará interrumpido si no medió autoría.

2) La antijuridicidad importa contradicción, disconformidad con el ordenamiento jurídico en general. Ésta es de carácter objetivo, ya que

<sup>158</sup> Ver VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad...*, cit., p. 159.

<sup>159</sup> Ver MARIENHOFF, M. S., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 494/495.

<sup>160</sup> Ver GUASTAVINO, E. P., “Indemnizaciones...”, cit., ps. 204/205.

no depende de la situación personal del agente, y de carácter unitario por cuanto no existen distintas antijuridicidades de acuerdo con cada rama del ordenamiento sino que una realidad es antijurídica respecto de todo el ordenamiento, es decir, para todas sus ramas.

3) En el supuesto de los actos lícitos, existe conformidad de la acción con el ordenamiento jurídico. Como la regla en la responsabilidad civil es que no se debe dañar a otro, en los actos lícitos dañosos se da siempre una causal de justificación que permite ocasionar ese daño, por lo que el acto es conforme al ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no empece a que el resultado que deriva de dicho acto pueda ser contradictorio con el ordenamiento jurídico y en consecuencia se trate de una situación antijurídica, situación que se reputa de la víctima. Esta conclusión no infringe la objetividad de la antijuridicidad porque no toma en cuenta la situación personal del agente, así como tampoco contradice su unidad ya que se trata de un “sector” de la realidad distinto al acto que lo origina, por lo cual no hay dualidad de antijuridicidades de acuerdo con las distintas ramas del derecho.

4) Existen hipótesis de “aparentes” actos lícitos que engendran daños por los que se debe responder, pero en realidad se trata de supuestos de responsabilidad por actos ilícitos. Así ocurre con la responsabilidad por riesgo, por el deber legal de garantía —en cuyo caso lo relevante es si el acto que se garantiza origina responsabilidad, sea lícito o ilícito—, por abuso o exceso de derecho y con el cumplimiento irregular de una obligación, lo cual comprende la obediencia a una orden ilegítima.

5) Los actos involuntarios no son lícitos *per se*, ya que su condición de tales no depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico sino de la situación del agente en cuanto a su obrar sin discernimiento, intención ni libertad. De allí que la responsabilidad por este tipo de actos reconoce un factor de atribución objetivo: la equidad.

6) Los actos lícitos en cuanto originan situaciones que no son contradictorias con el ordenamiento jurídico, en cuanto causan “daños justos”, no generan responsabilidad. Las distintas hipótesis de tales actos, es decir, las causales de justificación, importan de una u otra forma el ejercicio regular de un derecho o el cumplimiento de una obligación legal (art. 1071), involucrando como “especies” diferenciables la acción directa, el consentimiento del damnificado y la legítima defensa. En todos estos supuestos la irresponsabilidad del agente se encuentra en el fondo ligada a una conducta anterior de la víctima (conf. art. 1111) que justifica el proceder dañoso por lo que la licitud del acto también se presenta en la situación que genera.

7) Finalmente, encontramos actos lícitos, es decir, conformes, autorizados, permitidos por el ordenamiento jurídico, que originan situaciones anti-

jurídicas, “daños injustos”, ya que el damnificado es completamente ajeno al acto dañoso. No obstante ello, por tratarse de actos lícitos, los debe soportar, tolerar, mas tiene derecho a que se le repare el daño, dada la injusticia de la situación que se le ocasionara. En ellos también hay una causal de justificación que es lo que impregna de licitud al acto. Cuando hablamos de responsabilidad por acto lícito, nos referimos a este tipo de actos, radicando así la antijuridicidad en el resultado creado. Entre los supuestos que caen bajo este tipo reunimos distintos casos expresamente previstos en normas aisladas del Código Civil (arts. 2553, 2618, 3077 y 3082), que en puridad importan ejercicio de un “derecho a dañar” pero “condicionado” a reparar el daño: el estado de necesidad y la actividad lícita del Estado en cuanto produce quiebres a la igualdad que debe existir entre las situaciones de los ciudadanos ante las cargas públicas impuestas por dicha actividad.