

**OBSERVACIONES Y PROPUESTAS DE
MODIFICACIONES EN EL CAPÍTULO DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL
(Libro II, Título V, capítulo 1)
DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Camilo Tale

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor por concurso de Derecho Privado II (Obligaciones civiles y comerciales) en la Universidad Nacional de Córdoba (1994-2012). Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Catól. de Cuyo. Director de la carrera de Especialización en Derecho de Daños e Investigador Superior (Categoría I) en la misma Universidad.

SUMARIO.- Introducción. A) Responsabilidad por actividades riesgosas: Atribución arbitraria de responsabilidad a quienes no realizan la actividad riesgosa ni la generan. B) “Sanciones pecuniarias disuasivas (*punitive damages*)”: Desaciertos en su regulación que la tornan casi inaplicable en los hechos, especialmente en el caso de daños a consumidores (*art. 1714*). C) Irrazonable liberación de responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos menores (*art. 1755*). D) Injusta atribución de responsabilidad objetiva (responsabilidad sin culpa) a los establecimientos educativos por los daños sufridos por los alumnos, cuando resultan del hecho inevitable de un tercero ajeno al establecimiento o de la sola culpa de la víctima (*art. 1767*). E) Eliminación del Código Civil de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos (*arts. 1764, 1765 y 1766*). F) Reparación del daño moral o extrapatrimonial causado a damnificados indirectos: Daños muy graves que quedan sin indemnización (*art. 1741, 1º párr.*). G) Minimización de las “obligaciones de resultado”: Se instituye el requisito de la culpa como regla general en la responsabilidad por incumplimiento contractual y se establece la índole excepcional de las “obligaciones de resultado” (*arts. 1723 y 1721*). H) Se instituye la validez de las cláusulas de irresponsabilidad o de dispensa anticipada de la responsabilidad y la validez de las cláusulas de limitación de la responsabilidad para los daños causados con culpa grave (*art. 1743*). I) Injusta extensión del régimen severo de responsabilidad de los hoteleros a los propietarios de restaurantes, bares, etc. por el hurto, pérdida o daño de las cosas que ingresan los clientes (*art. 1375*).

1. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se exponen y justifican propuestas para modificar ciertas normas sobre la responsabilidad civil del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, presentado por el Poder Ejecutivo y cuyo contenido procede casi íntegramente del Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas designada por el decreto 191/2011.

Las observaciones sobre reglas del Proyecto y las recomendaciones de modificaciones que aquí se expresan se presentan a los miembros de la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y se circunscriben, en general, a las normas del capítulo del Proyecto intitulado “Responsabilidad Civil” (*arts. 1708 a 1780*).

Nos limitamos a exponer las objeciones más importantes que nos suscita el Proyecto en lo que se refiere al Derecho de Daños, ya sea por la relevancia de las consecuencias de ciertas reglas, esto es, por las injusticias que importa su aplicación, ya sea por la frecuencia con que suceden los supuestos

entrañados, ya sea por la grave incertidumbre jurídica que generan algunas vaguedades y ciertas contradicciones que hay entre las normas proyectadas, ya sea porque el modo como se pretende regular una institución hace que en los hechos ella no se usará o no podrá cumplir los fines para los cuales se la quiere establecer (es el caso de las “sanciones pecuniarias disuasivas” o *punitive damages*, según el régimen previsto para ellas en el Proyecto).

Nos hemos abstenido de exponer objeciones en aquellos puntos en los que la solución del Proyecto sea razonable, aunque pensemos que otra solución sería más razonable, y en general hemos prescindido de expresar divergencias en cuestiones opinables.

Por tanto, en general nos propusimos indicar aquí *solamente*:

a) Las reglas que siendo contrarias a la doctrina y jurisprudencia actualmente unánimes o casi unánimes y también contrarias a todos los precedentes legislativos extranjeros, no están justificadas, ni se da la razón de ellas en los Fundamentos que acompañan el Proyecto.

b) Las normas proyectadas que chocan con exigencias evidentes de justicia.

c) Aquellos enunciados del Proyecto que entrañan una contradicción o notable ambigüedad en puntos importantes, y por ende han de generar, si se transforman en ley, inseguridad jurídica considerable.

d) Las reglas que hacen inaplicable o poco aplicable una institución o frustran sus fines propios.

Por consiguiente, pensamos que con respecto a las objeciones que exponemos, no serviría para neutralizarlas, invalidarlas o relativizarlas el socorrido argumento “de las dos bibliotecas” (o sea la existencia un conjunto de juristas que defiendan una solución para la cuestión y de otra cohorte de juristas que sustenten la solución contraria), ni tampoco se podría replicar para descalificar la necesidad de las propuestas que “no puede hacerse un Código a la medida o al gusto de todos los juristas”; pues como hemos dicho supra, *no hemos incluido en este dictamen todo enunciado respecto del cual podamos preferir un texto distinto, sino solamente aquellos que estimamos que son manifiestamente inconvenientes e importan, en nuestro modesto pensar, un desacuerdo en relación con los imperativos de la justicia y la seguridad jurídica.*

Además, luego de un análisis integral y detenido del Proyecto hemos constatado que *las correcciones que proponemos pueden realizarse sin que ello afecte el resto del articulado.*

Los defectos que señalamos, juntamente con la indicación de los modos de subsanarlos, no obsta a nuestro franco reconocimiento de los *importantes aciertos* que contiene el Proyecto en este capítulo, como son, entre varios otros, los siguientes imperativos que se incorporan, los cuales están ausentes en el régimen legal actual:

– Se recepta expresamente en el texto de la ley propuesta el deber general de no dañar (que actualmente tiene fuente solamente doctrinaria y jurisprudencial) (art. 1710).

– Se instituye el deber general de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño (art. 1710).

– Se otorga la facultad de pedir al juez medidas preventivas respecto de un daño, a todo aquel que tenga un interés legítimo (art. 1711).

– Se define la antijuridicidad, al efecto de la responsabilidad civil, como “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro y que no esté justificada”, aun cuando no importe la violación de una norma legal determinada (art. 1717).

– Se instituye la “sanción pecuniaria disuasiva” para la protección de intereses colectivos (“derechos de incidencia colectiva”) (arts. 1714 y 1715).

– En lugar de la culpa de la víctima y de la culpa del tercero, se dispone expresamente que el *hecho* del propio damnificado y el *hecho* imprevisible e inevitable de tercero por quien uno no debe responder, eximen de responsabilidad civil (arts. 1729 y 1731).

– Se establece, respecto de la prueba de la culpa del demandado o de su falta de culpa, la “teoría dinámica de la carga de la prueba”, según la cual “el juez podrá distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla” (art. 1735).

– Como pauta para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica se dispone que debe otorgarse a la víctima un capital cuyas rentas periódicas compensen los ingresos cesantes durante

todo el tiempo que el damnificado habría podido realizar sus actividades lucrativas si no hubiese sufrido la lesión (art. 1746).

– Se establece una importante directiva para la determinación del quantum de la reparación del daño moral o extrapatrimonial: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” (art. 1741 *in fine*).

Asimismo hay que destacar que los enunciados de las reglas proyectadas son generalmente claros.

A) RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES RIESGOSAS : ATRIBUCIÓN ARBITRARIA DE RESPONSABILIDAD A QUIENES NO REALIZAN LA ACTIVIDAD RIESGOSA NI LA GENERAN

Del Proyecto :

“Art. 1758 últ. párr. – *Sujetos responsables* [...] En caso de actividad peligrosa o riesgosa responde quien la realiza, se sirve *u obtiene provecho de ella*, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto en la legislación especial”.

Propuesta :

Eliminar del artículo la frase “u obtiene provecho”.

La indicada norma del Proyecto, en tanto hace responsable a cualquiera que obtenga provecho de una actividad riesgosa, aunque no tenga nada que ver con la generación de tal actividad, es irrazonable e injusta.

Puede advertirse en los ejemplos siguientes las consecuencias a las que conduciría la aplicación de esta regla del Proyecto en examen:

La actividad de realización de espectáculos públicos musicales con asistencia masiva de gente (v. gr. recitales de *rock*) es riesgosa; lo muestra la experiencia y lo ha reconocido la jurisprudencia. Por consiguiente, quien posee un pequeño kiosco de bebidas que se halle en las inmediaciones del estadio o lugar en que se desarrolle tal clase de espectáculo puede ser condenado a indemnizar los daños que resulten de dicha actividad, según el Proyecto, pues tal kiosquero “obtiene provecho de ella”.

Así también conforme a la norma proyectada puede condenarse a resarcir los perjuicios al locutor que hace las presentaciones de cada actuación en un espectáculo musical con asistencia masiva, y a los encargados de la iluminación y del sonido en el mismo espectáculo...

Y también el periodista profesional que desempeña sus labores en una cancha de fútbol de concurrencia multitudinaria de espectadores, y el medio de comunicación para el cual trabaja dicho periodista, y quienes imprimen las entradas que se venden a los espectadores, serán civilmente responsables de los daños, según el art. 1758 del Proyecto, porque obtienen “provecho”, incluso económico, de la actividad riesgosa que allí se desarrolla.

La excavación de cierta magnitud es un clásico ejemplo de actividad riesgosa. Si la empresa que instala cloacas en el subsuelo de las calles, en el procedimiento de excavación causa daños a personas o cosas, según el art. 1758 del Proyecto puede condenarse a indemnizar tales perjuicios al propietario o propietarios de inmuebles a quienes beneficia la instalación de tales cloacas.

Así como las excavaciones, las construcciones en altura también son actividades riesgosas, como lo han reconocido los tribunales en muchas sentencias, pues en tales labores suelen desmoronarse paredes, hundirse suelos, caerse a gran velocidad herramientas y materiales, rajarse muros de inmuebles contiguos, etc. Conforme al art. 1758 del Proyecto la empresa que provee materiales para un edificio en construcción o la empresa que vende maquinaria para una excavación son civilmente responsables y deben indemnizar los perjuicios que se causen en la construcción o en la excavación pues ellas “obtienen provecho” de esa actividad de construir o de excavar, respectivamente.

Podrían mencionarse muchos otros ejemplos que encuadran perfectamente en el supuesto expresado en el art. 1758, que mostrarían igualmente la irrazonabilidad de dicha regla.

En los Fundamentos que acompañan el Proyecto, en la breve referencia que contienen sobre los sujetos responsables en caso de daños resultantes de actividad riesgosa o peligrosa, se dice respecto de la norma en cuestión: “Se trata de criterios sostenidos por la doctrina jurídica argentina durante muchos años” (Libro III, tít. V, cap. 1, n° 14 *in fine*). ¿Es así? No. Es todo lo contrario, pues todos los juristas que han abordado el tema de la responsabilidad por actividades riesgosas han circunscripto los sujetos responsables a quienes *realizan* la actividad y a quienes de algún modo *generan* la actividad, pero no han propuesto que se extendiera la responsabilidad a quienes obtienen algún provecho de ella, sin haberla realizado ni generado. Ilustramos y probamos lo dicho con las citas siguientes:

Graciela Messina de Estrella Gutiérrez expresa que el obligado a indemnizar es “el que *ejerce* la actividad riesgosa en relación adecuada de causalidad con el daño sufrido, aunque sea a través de sus dependientes”¹.

Expresa Carlos Parellada que el civilmente responsable es “aquel que *desarrolla* la actividad con un poder fáctico, autónomo e independiente de dirección sobre ella”².

Ramón D. Pizarro, que es quizás quien con más insistencia, y desde hace mucho, ha promovido la recepción amplia de la responsabilidad por actividades riesgosas, cuando menciona cuáles son los sujetos que pueden ser condenados a resarcir dice: “quien *genera, controla, potencia o fiscaliza* la actividad riesgosa”³.

En el mismo sentido, sostiene Matilde Zavala de González respecto de los sujetos civilmente responsables: “Todas las personas que, por haber *generado* la actividad, introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tienen, por tanto, un deber de fiscalización y control a fin de que ese peligro no se actualice en daño, sean o no ejecutores últimos de la actividad y obtengan o no un provecho de su desenvolvimiento”⁴.

En conclusión, la atribución de responsabilidad a quien obtiene provecho de una actividad riesgosa que no realiza ni genera de ninguna manera, es injusta y además es ajena a la doctrina.

Distinto es el caso de quien obtiene provecho de una actividad riesgosa, pero es una actividad que él mismo realiza o genera. Así por ej. una empresa proveedora de energía eléctrica que subcontrata a una empresa para que efectúe las excavaciones en la calle, y la segunda causa un daño con su actividad riesgosa a un transeúnte o a un inmueble; es razonable que la primera empresa, subcontratante, sea responsable del daño juntamente con la segunda, subcontratada, pues la primera, aunque no ha realizado la actividad, ha creado o generado el riesgo al encargar la actividad a la segunda. La empresa de energía eléctrica obtiene provecho de resultados de la excavación que realiza la otra empresa, pero no está en el mero provecho la razón de ser de su responsabilidad civil, sino en el hecho de que ha generado el riesgo al encargar la tarea riesgosa a la segunda empresa.

En cambio, en los otros ejemplos que pusimos antes, en los que *el provecho está dissociado de la creación del riesgo o de la realización de la actividad riesgosa*, la atribución de responsabilidad por el solo hecho de obtener una utilidad como consecuencia de la actividad, resulta absurda, como se evidencia en tales ejemplos.

La atribución de responsabilidad a quien “obtiene provecho” pero es ajeno a la creación del riesgo con el cual se causa el daño, **además de ser irrazonable e injusta, y ajena a la doctrina, carece de precedentes en el derecho comparado**. En *todas* las legislaciones conocidas que han instituido la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas, desde el primer país que lo hizo, en 1922, hasta

¹ Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y perspectivas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 157.

² Carlos Alberto Parellada, *El tratamiento de los daños en el Proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales*, La Ley., Buenos Aires, vol. 1987-D, p. 977.

³ Ramón Daniel Pizarro, *Accidentes con cosas riesgosas (La mutación interpretativa del artículo 1.113 del Código Civil)*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, n° 15, p. 109. También en *Código Civil comentado*, dir. Alberto J. Bueres, Comentario del art. 1.113, p. 555; en *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa. Contractual y extracontractual*, Parte especial, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2006, § 104, p. 169; en *La responsabilidad civil por actividades riesgosas*, La Ley, Buenos Aires, vol. 1989-C, p. 936.

⁴ Matilde Zavala de González, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 225

nuestros días, *el sujeto responsable es sólo quien realiza la actividad riesgosa*: Código Civil de la República Socialista Federada Soviética Rusa de 1922, art. 404, Código polaco de las obligaciones de 1934, art. 152; Código Civil italiano de 1942, vigente en la actualidad, art. 2050; Código Civil de Hungría de 1959, art. 345; Código Civil de la República Socialista Federada Soviética Rusa de 1964, art. 454; Código Civil de Checoslovaquia de 1964, art. 432; Código Civil de Polonia de 1964, art. 435; Código Civil de Portugal de 1966, vigente en la actualidad, art. 493.2; Código Civil de Bolivia de 1976, vigente, art. 998; Código Civil de Perú de 1984, vigente, art. 1970; Código Civil de Paraguay de 1986, vigente, art. 1846; Cód. Civil de la Federación Rusa de 1995, vigente, art. 1079; Código Civil de Brasil de 2.002, vigente, art. 927, 2º párr.; Código Civil de Vietnam de 2005, vigente, art. 623; Ley de Derecho de Daños de la República Popular de China de 2009, vigente, art. 69. También es así en los Principios Europeos de Derecho de Daños (*Principles of European Tort Law*) o “Principios de Viena” de 2.005, arts. 1º y art. 5º.101.

En suma, la atribución de responsabilidad por el sólo hecho de que uno obtenga algún provecho de una actividad riesgosa, sin realizarla ni haberla generado:

- lleva a consecuencias absurdas e injustas, como se ha ilustrado con ejemplos;
- se opone a la doctrina argentina unánime sobre el punto;
- carece de precedentes en la legislación extranjera.

B) “SANCIONES PECUNIARIAS DISUASIVAS (*PUNITIVE DAMAGES*)”: DESACIERTOS EN SU REGULACIÓN QUE LAS TORNAN CASI INAPLICABLES EN LOS HECHOS, ESPECIALMENTE EN EL CASO DE DAÑOS A CONSUMIDORES

Del Proyecto:

“**Art. 1714** – *Sanción pecuniaria disuasiva*. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14 inciso c). Pueden pedirla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Legislación complementaria. Sustitúyase el art. 52 bis de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361 por el siguiente: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada [...]”.

Propuesta:

Sustituir el texto del art. 1714 por el texto siguiente (*Se indican en negrita las partes que proponemos modificar en el texto del Proyecto*):

Art. 1714 – *Sanción pecuniaria disuasiva*. El juez tiene atribuciones para aplicar a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa **con dolo o culpa grave en perjuicio de** derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14 inciso c), **así como al principal por acciones de tal clase realizados por sus directores, administradores, representantes o dependientes**. Pueden pedirla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del san-

cionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

No es asegurable el riesgo de ser condenado a pagar estas sanciones.

Modificar el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, de modo que quede el texto siguiente (*Se indican en negrita las partes que proponemos modificar del texto del Proyecto*):

Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa **con dolo o culpa grave en perjuicio del consumidor, así como al principal por acciones de tal clase realizados por sus directores, administradores, representantes o dependientes.** Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

El importe de la multa debe entregarse al consumidor; pero el juez puede asignar otro destino a una parte del importe, mediante resolución fundada.

No es asegurable el riesgo de ser condenado a pagar estas sanciones [...].

La sanción pecuniaria que se incorpora en los arts. 1714 y 1715 para el caso de acciones que atenten contra “derechos de incidencia colectiva”, con el fin de disuadir de realizar tales acciones existe en el derecho argentino actual desde 2.008 para otro supuesto, que es el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales del proveedor de bienes o servicios para con el consumidor o el usuario (art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor).

Es una institución cuyo uso en Estados Unidos y en otros países anglosajones ha mostrado eficacia, no sólo para la prevención de daños, sino también para desalentar la competencia desleal entre productores que con el designio de economizar costos ponen productos o servicios riesgosos en el mercado; y también para desbaratar las ganancias obtenidas mediante conductas ilícitas; pues el importe de esta sanción no está limitado por el valor de los perjuicios causados, sino que puede ser mucho mayor que la cuantía de los daños; es una sanción independiente de la indemnización del perjuicio y puede acumularse con ésta.

En la doctrina argentina se propuso por primera vez en 1989 que la ley receptara esta institución; varios años después se logró el consenso de la mayoría de los juristas del Derecho Civil. Se recomienda especialmente, pero no exclusivamente, para los casos en que al autor o responsable del daño especule con la desgracia del damnificado porque la ganancia que puede obtener con su conducta ilícita supera lo que hubiere de pagar como resarcimiento.

Es loable que la institución se extienda a las acciones que atenten contra “derechos de incidencia colectiva” como lo hace el Proyecto de Código. **Pero hay serios desaciertos en el modo como se ha regulado la institución en el Proyecto, que llevarán, en caso de aprobarse el texto, a que esta sanción casi nunca sea aplicada,** como explicamos a continuación.

1ª observación: *El requisito de “actuar con grave menosprecio” (exigencia de dolo) para que sean aplicables las sanciones pecuniarias disuasivas.*

Las normas proyectadas exigen “actuar con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva” (art. 1714) o “actuar con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor” (reforma que hace el Proyecto de la L.D.C., art. 52 bis) para ser pasible de esta sanción pecuniaria disuasiva.

Las categorías con que se califica la conducta, a los fines de atribuir responsabilidad civil, en nuestras leyes, en la jurisprudencia argentina y en la doctrina han sido y son siempre dos: el dolo y la culpa (y en algunos casos, en ciertas relaciones contractuales, la ley hace distinción entre culpa grave y culpa leve). La norma proyectada utiliza la expresión “grave menosprecio” hacia los derechos ajenos, expresión que no existe en ninguna parte de la legislación argentina ni en la jurisprudencia del país ni en la doctrina de nuestros juristas para la calificación de la conducta en la responsabilidad civil.

Esta nomenclatura extraña a nuestro sistema jurídico tampoco se utiliza en ninguna otra norma del Proyecto, en el cual siempre se emplean los vocablos “culpa” o “dolo”, excepto para la institución de que ahora tratamos.

¿Qué significa esta categoría “actuar con grave menosprecio” de los derechos ajenos, que trae el art. 1.714 del Proyecto?, ¿equivale al dolo?, ¿es una especie de dolo?, ¿es un grado de la culpa? ¿Por qué los autores del Proyecto quisieron apartarse de la nomenclatura constante e introdujeron esta denominación?

Si el intérprete quiere superar esta incertidumbre y se remite al significado de “menosprecio” en el idioma, tiene que concluir que se trata de una conducta intencional, que además incluye una actitud íntima de desvaloración y desdén de la persona del prójimo o de sus cosas. El Diccionario de la Real Academia Española define el término “menosprecio” como “desprecio” o “desdén”⁵.

Además, la norma del Proyecto que define el dolo como factor de atribución de responsabilidad dice que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta *indiferencia* por los intereses ajenos” (art. 1724). Si “menosprecio” es sinónimo de “indiferencia”, e incluso “menosprecio” es más que “indiferencia”, y la conducta de “indiferencia por los intereses ajenos” es dolo conforme al art. 1724 del Proyecto, entonces, en interpretación sistemática, si se exige “grave menosprecio” por los intereses ajenos para que sea aplicable la sanción pecuniaria disuasiva, se está exigiendo el *dolo* para ello.

Pero el dolo o el “grave menosprecio” en el incumplimiento de las obligaciones es a menudo algo imposible o muy difícil de probar en el caso de daños causados a consumidores con productos o servicios y en general en los incumplimientos de los proveedores para con los consumidores; pues se trata de actitudes íntimas. Por tanto, si se aprueba el texto del art. 1714 y el texto semejante del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en el tenor modificado por el Proyecto, esta sanción pecuniaria disuasiva será casi inaplicable.

Si se tienen en cuenta los fines primordiales de esta institución (sancionar graves ilícitos en perjuicio de consumidores o usuarios y prevenir la realización de tales conductas dañosas), hay que concluir que no debe exigirse el dolo del infractor, sino que debe bastar la culpa o, si se quiere ser más restrictivo, la culpa grave.

2ª observación: *El destino de estas multas civiles*

El art. 52 bis de la L. D. C. en su texto actual dispone, respecto del destino del importe de esta multa, que ella se aplicará “*a favor del consumidor*”.

En cambio, el Proyecto en lo que concierne a este punto expresa: “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada” (art. 52 bis según la modificación del Proyecto).

El principal motivo por el cual esta especie de sanción ha tenido real aplicación en la praxis forense estadounidense y ha cumplido allí eficacia preventiva es que el importe de la condena que dictan los tribunales o los jurados debe ser entregado al damnificado.

Algunos juristas han pensado que si el particular damnificado cobra esta multa sucede un “enriquecimiento sin causa”, lo cual vulnera un principio general del derecho. Pero ello es un error. Que el particular cobre la multa no entraña un “enriquecimiento sin causa”. (Si así fuese, habría “enriquecimiento sin causa” del Estado en toda multa que percibe el Fisco). Hay causa justificada para la percepción de esta suma dineraria por el particular; tal causa legítima está en la utilidad pública que se procura con esta sanción, conforme a los fines de la institución, mencionados *supra*: disuadir al infractor de la reiteración de conductas ilícitas, disuadir a otros de realizar acciones semejantes, mejorar la competencia leal en el mercado. **Tales fines no se lograrían si el damnificado no tuviese la facultad de obtener el importe para él.** Además, en el régimen legal argentino ya existen diversas instituciones en las que la sanción pecuniaria es cobrada por el particular, y que están aceptadas pacíficamente por la jurisprudencia y la doctrina, como son las siguientes: ciertas multas procesales en algunos dere-

⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua*, Espasa Calpe, Madrid, 2002. El *Diccionario ideológico de la lengua española* de Julio Casares define el vocablo “menosprecio” como sigue: “hacer poco aprecio de una persona o cosa, tenerla por menos de lo que merece”.

chos locales, los “intereses sancionatorios” por conducta procesal maliciosa (art. 622 C.C.), las *astreintes* (art. 666 C.C.), y las penas convencionales establecidas en los contratos (“cláusula penal”, arts. 652 ss. C.C.). Estas dos últimas clases de sanciones también las incluye el Proyecto.

Con el régimen del actual art. 52 bis de la L. D. C. la suma dineraria la recibe la víctima, pero con ello se procura el bien público, pues el incentivo de percibir esta multa pecuniaria mueve al consumidor o usuario a emprender un litigio que de otro modo no emprendería, cuando se requieren pruebas técnicas arduas y costosas, o que son de éxito incierto en cuanto a demostrar el defecto del producto, el conocimiento que tenía el proveedor acerca de su dañosidad o de la culpa en la fabricación, etc., o cuando la mera indemnización del perjuicio resultaría muy desproporcionada con los costos económicos, de tiempo y de energía que exige iniciar y proseguir un proceso judicial (por ej. cuando se trata de “microlesiones”, o sea de un menoscabo poco grave para cada damnificado particular, pero del que resulta una ganancia global elevada para el productor infractor). Se ve así justo que quien invierte dinero, se esfuerza y se arriesga en un pleito cuya sentencia puede beneficiar no sólo su interés, sino el interés general, resulte recompensado. Así, en algunos casos esta suma dineraria servirá para satisfacer y compensar al particular que hubo adelantado el dinero para los gastos, por la privación de liquidez y por el riesgo de no recuperar lo invertido, y aún de tener que pagar las costas, si la petición de *punitive damages* fuere denegada y el tribunal reputare que no tuvo motivos para creerse con derecho al reclamo.

Si la ley dispone que el importe de la condena sea para el Estado o tenga un destino que no sea el propio damnificado, la medida tendrá una eficacia muy escasa. Sin provecho para la víctima, ésta no tendría interés en pedir que se aplique, y muchas veces desistiría no sólo de solicitar esta sanción, sino inclusive del mismo reclamo resarcitorio ⁶.

Es precisamente por razones de bien público, según se ha explicado supra, que conviene que los punitive damages, multas civiles o “sanciones pecuniarias disuasivas” se paguen al particular demandante y no al erario público. Con toda razón dice el jurista tucumano López Herrera en su libro acerca de esta clase de sanciones que **el destinar la multa al Fisco “es la muerte anticipada de esta institución”** ⁷.

Por lo expuesto, el destino de la sanción pecuniaria disuasiva debe ser el patrimonio del damnificado, ya sea totalmente, ya sea parcialmente (de modo que una parte la cobre la víctima y otra parte se destine al Fisco, a una asociación, fundación o entidad de bien público o a algún fondo determinado, relacionado o no con el interés protegido).

3ª observación: El texto permite interpretar que estas sanciones no pueden aplicarse a las personas jurídicas.

El texto de Proyecto permite interpretar que sólo quien directamente realiza la acción dañosa es pasible de esta sanción, y que por ende no debe aplicarse a las empresas o personas jurídicas por los hechos de sus directores, administradores o dependientes ni debe aplicarse a los “principales” en general, por los hechos de sus administradores, representantes o dependientes.

El art. 1714 del Proyecto, referido a las acciones que atentan contra “derechos de incidencia colectiva” y el artículo análogo para las relaciones con consumidores (art. 52 bis L. D. C. según la modificación de él en el Proyecto) establecen que el juez tiene la atribución de aplicar esta clase de sanción “a quien actúe con grave desprecio” hacia tales derechos colectivos o hacia los derechos del consumidor, respectivamente. Si se aprueban estos enunciados como normas legales podrá interpretarse que en caso de que un empleado, operario, gerente, etc. de una empresa industrial o comercial o de una persona jurídica cualquiera realice una acción dañosa que pueda causar un perjuicio al consumidor o a derechos de incidencia colectiva, dicha sanción puede serle aplicada solamente a él, pero no a la empresa o a la persona jurídica en la cual se desempeña. Esta interpretación podrá fundarse no sólo en el

⁶ “Si esta pena se socializa totalmente (percepción por el Estado u otros destinos públicos) la institución pierde su fuerza, por tornarse dudosa su aplicación práctica, ya que el o los damnificados carecerían de interés para reclamar su imposición” (Matilde Zavala de González, *Valoraciones sobre responsabilidad. A propósito del Proyecto de Código Civil*, Mediterránea, Córdoba, 2.000, p. 18).

⁷ Edgardo López Herrera, *Los daños punitivos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 357.

texto de la norma proyectada, sino también en la índole punitiva de esta medida, pues puede pensarse o argumentarse que se requiere la culpa del sujeto sancionado, por aplicación del “principio de personalidad de la pena”, según el cual una pena sólo es aplicable al sujeto que cometió la infracción y no a otro.

Otro argumento posible para limitar la aplicación de esta sanción de modo exclusivo al individuo que haya sido el autor de la conducta antijurídica, será el siguiente: El art. 1753 establece, para la obligación indemnizatoria, la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (así como lo hace el art. 1113, 1º párr. del actual Código Civil); pero en las reglas sobre “sanciones conminatorias disuasivas” del nuevo Código (si se aprobare así), que son cosa distinta de la condena indemnizatoria, el legislador no ha establecido la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.

Evidentemente, con dicha interpretación se reduciría muy mucho la aplicación de esta medida, y con ello perdería toda su eficacia, pues en la gran mayoría de los casos las acciones antijurídicas susceptibles de dañar (tanto las que atenten contra derechos de incidencia colectiva como las que atenten contra derechos del consumidor) se causan en el ámbito de actuación de empresas o de propietarios de establecimientos industriales, comerciales, bancarios, de prestación de servicios, etc. Quedarían sin aplicación para los hechos ilícitos más graves, más frecuentes y más lucrativos. De hecho, casi todas las veces que se imponen “*punitive damages*” en los países en que existe esta institución, se aplican a personas jurídicas, y cuando se infligen a una persona de existencia física, casi siempre se trata del propietario o patrón de quien ha realizado la acción dañosa.

Es cierto que por vía doctrinaria, mediante la “teoría del órgano”, podría suplirse el defecto del texto proyectado, pero es mejor que la misma ley que se sancione sea clara e inequívoca en este punto. Hay que advertir que la institución, por ser muy novedosa en nuestro sistema legal, y por importar una sanción muy grave, es proclive a ser interpretada restrictivamente por una parte del estamento judicial. Por lo tanto, la ley tiene que decir expresamente que esta clase de multas es aplicable al principal por los hechos intencionales o gravemente culposos de sus directores, administradores, representantes o dependientes.

4ª observación: Asegurabilidad de condenas por sanciones pecuniarias disuasivas.

En el Proyecto no se establece la invalidez de los seguros que se contraten para cubrir el riesgo de pagar esta clase de sanciones pecuniarias. Pero si se permite el seguro para esto, se frustran los fines para los cuales se instituye esta clase sanciones.

Recordemos las varias finalidades que se persiguen con esta institución:

- 1) punir graves hechos ilícitos (fin retributivo);
- 2) prevenir la reiteración de tales acciones por el mismo proveedor infractor (fin de prevención singular);
- 3) disuadir a otros proveedores de realizar hechos ilícitos (fin de prevención general);
- 4) expresar la desaprobación social de tal comportamiento e inculcar la valiosidad del comportamiento contrario (fin pedagógico o “simbólico”);
- 5) estimular la competencia leal en la comercialización;
- 6) quitar las ganancias ilícitamente obtenidas.

Puede verse que al trasladarse el pago de la pena del autor o del responsable al asegurador, se frustran los fines 1, 2, 3, 5 y 6 de la enumeración expuesta, y se debilita el fin 4, o sea que se malogran todos los mencionados objetivos para los cuales existe esta multa. Por consiguiente, hay que concluir que las sanciones pecuniarias disuasivas deben ser inasegurables, para que ellas puedan realmente cumplir sus fines, para que no resulte inútil la incorporación de estas sanciones en el sistema legal.

Si se instituyen *punitive damages* y al mismo tiempo se permite el seguro contra el riesgo de ser condenado a pagarlos, se da lugar a un manifiesto antagonismo en el sistema jurídico. Porque esta clase de sanción se establece, principalmente, para evitar que personas desaprensivas especulen con el hecho de que con su comportamiento ilícito dañoso pueden obtener utilidades superiores al importe de la indemnización que eventualmente deberán pagar. Si la “lógica” de la rentabilidad lleva a algunos a preferir dañar e indemnizar los perjuicios antes que gastar en medidas de seguridad (y por tal motivo

el legislador establece esta clase de sanciones, para desalentar tal comportamiento), de ser posible el seguro en esta materia esa misma “lógica” llevará a tales sujetos a preferir gastar en primas de este seguro específico antes que gastar en medidas de seguridad.

La omisión de prohibir el aseguramiento del riesgo de ser condenado a pagar esta sanción no ha sido una omisión involuntaria de los autores del Proyecto, sino querida: en los Fundamentos que acompañan el Proyecto sus redactores dicen, con respecto a este punto, a) que hoy no es posible asegurar este riesgo, porque según la dogmática, no es asegurable; y b) que es mejor que una ley especial decida esto en el futuro, pues ahora no puede saberse si estos riesgos de las empresas serán asegurables en el porvenir, pues puede cambiar el pensamiento al respecto, así como en el caso de la responsabilidad civil originariamente no se admitían los seguros de responsabilidad civil, pero después sí se admitieron⁸.

Ninguna de las dos explicaciones es verdadera. Pues el que conforme a la dogmática no pueda contratarse seguro al respecto no es tesis pacífica, ya que la ley no contiene ninguna prohibición específica, y por tanto, se puede interpretar que es válido el seguro que se contrate, a partir de la premisa – válida para muchos– de que “lo que no está legalmente prohibido está jurídicamente permitido” (aunque algunos aplicadores del derecho, a partir de una interpretación teleológica que se remita a los fines de esta sanción, pueden resolver que ellas no son asegurables). Y respecto de que en el futuro se admita el seguro para estas sanciones, así como sucedió con el seguro de responsabilidad civil, que en un tiempo habría sido reprobado y después aprobado, hay que señalar una diferencia primordial entre ambas instituciones: El seguro de responsabilidad civil, aunque en los hechos puede perjudicar en cierto grado la evitación de daños pues el dañador o el responsable no temen pagar indemnizaciones ya que se hará cargo de tal erogación la empresa de seguros, al menos no se frustra respecto de la víctima el fin esencial de la responsabilidad civil, que es cobrar el resarcimiento. El seguro no perjudica este fin; y además, por el contrario, coopera con su logro en aquellos casos en que el autor del daño o quien es civilmente responsable carezca de la solvencia suficiente o se insolvente fraudulentamente. Pero en las sanciones pecuniarias disuasivas (“*punitive damages*”), cuyo fin primordial es prevenir los daños, como lo expresa su denominación, el seguro que se contrate disminuirá el interés en prevenir los perjuicios, pues ya el responsable no temerá la aplicación de dicha multa, ya que en caso de que sea condenado a pagarla, la empresa de seguros finalmente será quien haga el desembolso. Los fines de tales sanciones, que son el fin punitivo, el fin de prevención general, el fin de prevención singular, el fin de incentivar la leal competencia en el mercado y fin de neutralizar las ganancias obtenidas con el ilícito, son todos ellos fines cuya obtención se frustra si quien es condenado a pagar la multa puede trasladar al asegurador el costo de tal sanción.

C) IRRAZONABLE LIBERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES POR DAÑOS CAUSADOS POR SUS HIJOS MENORES

Del Proyecto:

“**Art. 1755** – *Cesación de la responsabilidad paterna.* La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, *transitoria o permanentemente*”.

Propuesta:

Eliminar del artículo 1755 la palabra “transitoria”.

La aplicación de esta regla conduce a consecuencias como las siguientes: Si un menor de cualquier edad es puesto *transitoriamente* bajo la vigilancia de una niñera o de una empleada doméstica (porque por ej. sus padres se hallan ausentes de la casa mientras trabajan o asisten a una reunión o

⁸ *Fundamentos*, L. III, tít. V, cap. 1, 4.5.

esparcimiento o se hallan de viaje, etc.) y en esa ocasión el menor causa daños a un vecino, a un transeúnte o a quien sea, ninguno de sus padres es responsable, conforme al art. 1755 del Proyecto.

Lo mismo resulta de dicha norma si el daño es causado por el menor cuando se encuentra transitoriamente bajo la vigilancia de un maestro, un profesor o un entrenador, por ej. en una academia de baile o en un curso de entrenamiento en un deporte o de destrezas de cualquier clase, o en una salida en la ciudad o en una visita escolar a algún lugar que realiza juntamente con su grupo de compañeros. En este último caso la solución adecuada es la responsabilidad concurrente de los padres y del propietario del establecimiento educativo, pero la norma del Proyecto lo impide.

Así por ej. si en el aprendizaje de deportes o destrezas de cualquier índole, por ej. karate o tiro al blanco, un menor de edad, por imprudencia, o por desobedecer las instrucciones, o de manera intencional, incapacita o lesiona a otro alumno, de acuerdo con el art. 1755 del Proyecto la acción del damnificado sólo podrá dirigirse contra el instructor (o contra el empleador de éste, si existiere), y siempre que éste haya obrado con culpa; y si es insolvente, el damnificado quedará sin posibilidad de resarcimiento, porque los padres del menor están exentos de responsabilidad.

Se han mencionado tan sólo algunos ejemplos verosímiles. Los supuestos de aplicación de la norma proyectada con el mismo resultado injusto pueden multiplicarse.

En cambio, la regla actual del Código Civil distingue adecuadamente los efectos jurídicos según que el menor se halle *transitoriamente* o esté *permanentemente* bajo la vigilancia de un tercero, y exime de responsabilidad civil a los padres solamente en el segundo caso: “La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera *permanente* bajo la vigilancia y autoridad de otra persona” (art. 1.115 C. C.).

Esta norma del Proyecto que exime de responsabilidad civil a los padres del menor en las referidas situaciones, y expone a la víctima a quedar sin resarcimiento, **además de ser injusta** como se ha mostrado con ejemplos, **carece de precedentes en el derecho extranjero**. Cuando el menor de edad está *transitoriamente* bajo la vigilancia de otra persona, sus progenitores son responsables de los daños que causen, en todos los códigos civiles. Mencionamos al respecto algunos de los que se han promulgado en las últimas décadas: C. C. de Brasil de 2002 (art. 932); C. C. de Bolivia de 1976 (art. 990); C. C. de Perú de 1984 (art. 1975); C. C. de Quebec de 1993 (art. 1460); C. C. de Paraguay de 1986 (art. 1843); C. C. de la Federación Rusa, muy detallado en lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, pues contiene trece normas sobre el asunto (arts. 1073 y 1074); Ley de Derecho de Daños de la República Popular China (art. 32).

D) INJUSTA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA (RESPONSABILIDAD SIN CULPA) A LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS ALUMNOS, CUANDO RESULTAN DEL HECHO INEVITABLE DE UN TERCERO AJENO AL ESTABLECIMIENTO O DE LA SOLA CULPA DE LA VÍCTIMA

Del Proyecto:

“Art. 1767 – *Responsabilidad de los establecimientos educativos*. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y *se exime sólo con la prueba del caso fortuito*”.

Propuesta:

Agregar al art. 1767, después de la mención del caso fortuito la siguiente frase: “el hecho inevitable de un tercero o el hecho del propio damnificado”.

Esta norma del Proyecto reitera el régimen actual del Código Civil argentino, que expresa el art. 1.117 desde su reforma por ley 24.830, el cual ha sido criticado severamente por la doctrina.

La única causa de exención de responsabilidad, según la norma proyectada, es el caso fortuito. No se reconoce el valor eximente del hecho de tercero ajeno a la actividad del establecimiento. Pero el hecho de tercero, cuando cumple los requisitos debidos, entre ellos la ajenidad del tercero y la inevitabilidad del hecho, tiene que eximir de responsabilidad al establecimiento educativo.

Un ejemplo de aplicación del art. 1767 del Proyecto: El colegio será responsable de los daños sufridos por los alumnos que sean víctimas de un atentado terrorista perpetrado dentro del colegio, de acuerdo con la norma del Proyecto que consideramos ⁹, lo cual es absurdo. Otro ejemplo, y de un hecho que puede suceder más fácilmente que el anterior: Un alumno es secuestrado por un grupo de delincuentes que ingresan con de armas de fuego y reducen por la fuerza al guardián de seguridad y al portero que vigilan la entrada del colegio.

Tampoco es razonable que sea responsable el propietario del colegio si uno de los alumnos agrede intencionalmente a otro, por ej. con un compás, un ladrillo o una silla, o le empuja adrede escaleras abajo, o lo lesiona en un acto de imprudencia. Si esto sucediese a pesar de que las autoridades y el personal del establecimiento hubiesen puesto las máximas diligencias que les sean exigibles en las circunstancias del caso para evitar todo daño, el perjuicio causado por un alumno a otro en un régimen jurídico razonable debe considerarse hecho de tercero que exime de responsabilidad civil.

No hay razón para sustraer la responsabilidad de los dueños de los establecimientos educativos del régimen general que reconoce el valor eximente del hecho del tercero, régimen que establece el propio Proyecto en su art. 1.731.

Lo mismo hay que decir para el supuesto de perjuicio que se cause a sí misma la propia víctima, o sea el alumno, cuando las autoridades y dependientes del establecimiento hayan puesto toda la vigilancia posible y todas las diligencias posibles para la prevención de los daños. Es irrazonable e injusto que el propietario del colegio deba indemnizar el daño que sea exclusiva consecuencia de la culpa del propio alumno, v. gr. un joven que realiza una actividad peligrosa dentro del establecimiento (por ej. subir al techo, manipular conductores eléctricos, etc.), desobedeciendo prohibiciones expresas al respecto y burlando la mayor previsión y la mejor vigilancia que las autoridades y empleados del colegio puedan poner de acuerdo con las circunstancias; o el caso del alumno que inicia una pelea de la cual resulta herido en el rostro y con pérdida de piezas dentarias, si daño que no ha podido evitarse con la más presta actuación del personal del colegio, que conoció la riña unos segundos después que se iniciara e intervino inmediatamente para hacerla cesar ¹⁰.

Esta regla del Proyecto es manifiestamente violatoria del “principio constitucional de igualdad”:
De los cientos de especies de empresas, el establecimiento educativo es la única que no puede liberarse de responsabilidad por hecho de tercero extraño o por culpa de la propia víctima, y no existe razón que justifique esta desigualdad de trato jurídico.

No hay ni en la legislación actualmente vigente, ni en las normas del Proyecto, otro supuesto en que se atribuya responsabilidad sin culpa a quien no ha causado el daño porque éste fue causado por un tercero extraño o por el propio damnificado, ni siquiera en los casos de las empresas y entidades que prestan servicios a niños o que tienen a los niños en custodia, por ej. clínicas infantiles, parques de diversiones, guarderías, empresas de transporte escolar, empresas de viajes que hacen giras con escolares, etc. En muchos de estos casos se admite una “obligación de seguridad” según la cual la empresa responde de los perjuicios sufridos por el menor aunque no haya culpa de aquélla, pero siempre se exime en caso de hecho inevitable de tercero ajeno o hecho de la propia víctima que no haya podido evitarse con las diligencias que le eran exigibles a la empresa o entidad.

En suma, esta norma del art. 1767 que excluye para el caso de los establecimientos educativos las eximentes normales del hecho del tercero y de la culpa de la víctima es injusto, inconstitucional e incoherente con todo el régimen de la responsabilidad civil del propio Proyecto.

Con la norma que objetamos se garantiza más una compensación económica a la víctima, pero se quebranta una exigencia ético-jurídica fundamental de la responsabilidad civil: *la razonabilidad de la atribución del deber de resarcir*.

⁹ Matilde Zavala de González ponía este ejemplo al objetar el régimen del Proyecto de nuevo Código Civil de 1998, que contenía el mismo defecto, en *Valoraciones...*, op. cit., p. 127.

¹⁰ En el mismo sentido, Matilde Zavala de González ilustra con el caso del adolescente que decide suicidarse en un baño de la escuela y con un elemento de uso común (*Valoraciones...*, op. cit., p. 126).

Pero más allá de lo dicho, que ya es un grave yerro del Proyecto, el deber indemnizatorio que se impone al establecimiento alcanza aun las actividades educativas o recreativas normales y de suyo no riesgosas, como explica Matilde Zavala de González: "... tampoco el establecimiento se libera ante daños sufridos por alumnos, así sean adolescentes, en actividades educativas o recreativas normales e intrínsecamente inocuas [...] la responsabilidad surgirá inclusive por perjuicios experimentados en el despliegue natural y correcto de emprendimientos recreativos, deportivos o similares [...]. Ello, a pesar de que precisamente para su ejercicio los hijos son enviados por los padres a la escuela y aunque no haya intervenido ni haya tenido el deber de intervenir ningún docente para controlarlos o impedirlos (correr en el recreo, saltar a la piola o jugar a las escondidas) y de que no medie ninguna irregularidad (puede tratarse de un puro accidente: un tropezón espontáneo, no debido a ningún obstáculo material). De haberse realizado esos hechos bajo control de la autoridad paterna o de cualquier otro guardador, a nadie se le ocurriría buscar un posible responsable"¹¹.

No se conocen precedentes de esta responsabilidad civil desorbitada de los establecimientos educativos en las legislaciones extranjeras, ni en las dictadas antes de la reforma del art. 1.117 del C.C. argentino en 1997, ni tampoco en las dictadas posteriormente. Citamos algunos códigos civiles sancionados en las últimas dos décadas: Cód. Civil de Quebec de 1993, Cód. Civil de la Federación Rusa de 1995, Cód. Civil de Brasil de 2.002, Cód. Civil de Mongolia de 2002; Cód. Civil de Vietnam de 2005, Ley de Derecho de Daños (Law of Torts) de la República Popular de China de 2009).

E) ELIMINACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

***Del Proyecto* (que en esto modificó el Anteproyecto de la Comisión):**

“Art. 1754 – *Inaplicabilidad de normas*. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Art. 1755 – *Responsabilidad del Estado*. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Art. 1756 – *Responsabilidad del funcionario y del empleado público*. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y los principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Propuesta:

Reponer los textos de los arts. 1764, 1765 y 1766 del Anteproyecto presentado por la Comisión redactora.

Los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto elaborado por la Comisión designada por el P. E. por decreto 191/2011 establecían reglas para la responsabilidad indemnizatoria del Estado por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones y por los perjuicios irrogados por actividad lícita estatal, así como sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos. El tenor de las reglas propuestas era:

Art. 1764. El Estado responde por los daños causados en el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

¹¹ Zavala de González, *Valoraciones...*, p. 127.

Art. 1765. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Art. 1766. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Pero el Poder Ejecutivo ha eliminado el texto de los tres artículos, y en su lugar ha puesto los textos que hemos transcripido *supra*, al inicio de este capítulo.

De este modo, se pretende expulsar del Código Civil la responsabilidad por daños irrogados por el Estado.

Como indica Rodolfo Zavala de González al respecto, “sacar del Código Civil los daños causados por el Estado, para que queden regidos de manera exclusiva y excluyente por «normas de derecho administrativo nacional o local», derivaría en este escenario: cada provincia e incluso cada municipalidad podría (y debería) regular su propia responsabilidad. Las derivaciones negativas de esta arquitectura saltan a la vista. De arranque: inflación legislativa, con las consiguientes redundancias e incoherencias (atomización normativa: la responsabilidad del Estado como una «torre de Babel»). Pero más peligroso, claro está, es la *desigualdad de trato* y que se fijen restricciones contrarias al *alterum non laedere*.

Es que el municipio más pequeño que se pueda imaginar quedaría habilitado para pergeñar arbitrios como éstos: sólo habrá resarcimiento en caso de dolo, ninguna indemnización podrá superar cinco salarios mínimos, en caso de muerte la legitimación corresponderá solamente a los hijos, el plazo de prescripción será siempre de tres meses”¹².

Y en realidad sucederá, si se aprueba el Proyecto de Código Civil sin las normas específicas de responsabilidad del Estado, que muchos Estados provinciales y municipales (quizás la mayoría de ellos) no dictarán normas al respecto, con lo cual habrá lagunas de la ley, con la consiguiente inseguridad jurídica. ¿Se interpretará que en tales provincias o municipios no existe responsabilidad del Estado por daños? ¿Y tampoco responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos? Más bien deberá recurrirse, en tal eventualidad, a aplicaciones analógicas y a principios generales del derecho para integrar tales lagunas de la legislación. Pero sucede que el Proyecto en cuestión establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado”, de modo que se prohíbe hacer aplicación analógica de las reglas del capítulo de responsabilidad civil del Código proyectado; quedará ya sólo acudir a los principios generales del derecho, pero como no pueden ser los principios generales del Derecho Civil, porque el Proyecto dispone que las disposiciones del Código Civil en materia de responsabilidad civil no son aplicables, ni de manera directa *ni de manera subsidiaria*, a la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y de los empleados públicos (art. 1764), tienen que ser los principios generales del Derecho Administrativo. Pero sucede que éstos no se refieren a la responsabilidad civil (así por ej. no hallamos en el Derecho Administrativo reglas sobre responsabilidad por el riesgo de las cosas, legitimación de los damnificados indirectos, responsabilidad por daños causados en establecimientos educativos, extensión de las consecuencias resarcibles, etc.). Advierte González Zavala: “No hay manera de no apoyarse en el Código Civil. El Derecho Administrativo no se ocupa (no puede hacerlo, salvo que quiera hipertrofiarse y perder su identidad) de las cuestiones técnicas específicas, imprescindibles en cualquier problema de responsabilidad: concepto y clases de daños resarcibles, legitimación de damnificados directos e indirectos, nexo de causalidad, valoración de la culpa y del dolo, transmisión de la acción resarcitoria, prejudicialidad penal y tantos otros”¹³.

El mencionado autor ha señalado, además, contradicciones entre las reglas de los mencionados arts. 1754 y 1755 y otras que están en el Proyecto o que están en leyes especiales y que no han sido modificadas por el Proyecto. Así por ej. la responsabilidad por daños a consumidores y usuarios se

¹² Rodolfo González Zavala, *¿La responsabilidad del Estado estará fuera del nuevo Código Civil?*, Semanario Jurídico de Córdoba, Córdoba, n° 1866, julio de 2.012, p. 89.

¹³ González Zavala, *¿La responsabilidad del Estado...?*

rige por la L. D. C. 24.240 y sus modificatorias, que contiene importantes normas de responsabilidad civil (entre ellos, los arts. 10 bis y 4) e incluye expresamente al proveedor que sea persona pública estatal (art. 2° L.D.C., la cual se mantiene en el Proyecto) ¹⁴.

En suma, el propósito de sustraer al Estado y a los funcionarios públicos del régimen de responsabilidad del Código Civil con la añadidura de la pretensión de prohibir la aplicación subsidiaria de las reglas del Derecho Civil para resolver la cuestión, importa:

- a) una injusticia para las víctimas;
- b) inseguridad jurídica;
- c) contradicción normativa en diversos supuestos, como el mencionado *supra*.
- d) un régimen impracticable, pues es imposible evitar la aplicación subsidiaria de reglas del Código Civil.

F) REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL CAUSADO A DAMNIFICADOS INDIRECTOS : DAÑOS MUY GRAVES QUE QUEDAN SIN INDEMNIZACIÓN

Del Proyecto:

“Art. 1741, 1° párr. – *Indemnización de las consecuencias no patrimoniales*. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta la muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”.

Propuesta:

En el art. 1741, 1° párr., sustituir la expresión “resulta la muerte o sufre gran discapacidad” por la expresión “resulta la muerte o un daño extrapatrimonial muy grave”.

En el Proyecto se elimina la regla legal que introdujo la reforma de 1968, por la cual se reconoció acción indemnizatoria a los damnificados indirectos solamente para el caso de muerte de los damnificados directos. Esta limitación que contiene actualmente la ley argentina, en el art. 1078, 2° párr. del Código Civil, ha sido desaprobada casi unánimemente por la doctrina ¹⁵, y en los últimos años fue declarada inconstitucional por varios tribunales. Es una restricción injusta, que el Proyecto viene a corregir.

Sin embargo el texto propuesto es desafortunado, porque es demasiado estrecho, ya que 1°) deja sin derecho de reclamar indemnización a ciertas personas a quienes en justicia les corresponde y 2°) respecto de aquellos a quienes les reconoce legitimación para pedir resarcimiento, deja daños muy graves sin indemnización.

Según el Proyecto los padres, el cónyuge, etc. sólo pueden reclamar reparación del daño moral en los supuestos de muerte o de “*gran discapacidad*” del damnificado directo. Esta locución puede ser interpretada con muy diversas extensiones o alcances; por ende si tal texto se aprueba ello va a generar inseguridad jurídica. Algunos han de interpretar que “*gran discapacidad*” es sinónimo de “*gran invalidez*” y la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 define la “*gran invalidez*” como la situación de quien padece “incapacidad laboral permanente total y necesita la asistencia continua de otra persona para realizar los actos más elementales de su vida” (art. 10). Pero entonces quedan sin derecho a reparación muchos casos de graves daños morales que no constituyen una “*gran discapacidad*” en el sentido referido de tal expresión y que sin embargo causan reflejamente un grave perjuicio extrapatrimo-

¹⁴ González Zavala, *¿La responsabilidad del Estado...?*

¹⁵ Las únicas excepciones que conocemos, es decir juristas que hayan aprobado la restricción del art. 1.078 2° párr., son el autor de esta norma, o sea Guillermo Borda (*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 3ª ed., vol. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 197), y Aída Kemelmajer de Carlucci (en AA. VV., dir. Augusto Belluscio, *Cód. Civil y leyes complementarias. Comentado y anotado.*, vol V, Buenos Aires, 2.002, p. 116).

nial al damnificado indirecto. Así por ejemplo el caso de los padres de quien quedó con el rostro horriblemente desfigurado de modo irremediable. Consideremos que tal supuesto podría encuadrarse, mediante una interpretación extensiva generosa, en la expresión “gran discapacidad”; pero hay otros graves daños morales que exceden ese marco, aun con la mayor amplitud interpretativa, como por ejemplo

- el sufrimiento del padre de un joven que fue salvajemente torturado durante varios días por un grupo delictivo, o
- las aflicciones de los progenitores de quien fue secuestrado por largo tiempo, y a quien se le infligieron severos vejámenes durante su cautiverio, o
- el dolor y la humillación de los padres de la mujer que fue reiteradamente violada por los miembros de una patota o de un grupo de personas ebrias, o
- las tribulaciones padecidas por el padre y la madre de una adolescente que por engaños o violencias fue obligada por una banda de tratante de blancas a contraer la adicción a la cocaína y a ejercer la prostitución...

G) MINIMIZACIÓN DE LAS “OBLIGACIONES DE RESULTADO”: SE INSTITUYE EL REQUISITO DE LA CULPA COMO REGLA GENERAL EN LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SE DECLARA LA ÍNDOLE EXCEPCIONAL DE LAS “OBLIGACIONES DE RESULTADO”

Del Proyecto:

“Art. 1723 – *Responsabilidad contractual objetiva*. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Propuesta:

Sustituir el texto del art. 1723 por el siguiente (*Se indican en negrita las partes que proponemos agregar en el texto del Proyecto*):

Art. 1723. *Responsabilidad contractual objetiva*. Cuando **de la naturaleza de la obligación**, de las circunstancias de ella, o de lo convenido **expresa o tácitamente** por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

Sustituir el texto del art. 1721 por el siguiente: “En ausencia de normativa, en la responsabilidad que no deriva de la inejecución de obligaciones, el factor de atribución es la culpa”.

(El art. 1721 del Proyecto expresa: “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”).

En el art. 1.723 del Proyecto se reputa que una obligación es “obligación de resultado” por ciertas circunstancias, y no por la índole de la obligación. Pero hay muchísimas obligaciones que son normalmente “obligaciones de resultado” por su índole, por ej. la obligación del constructor de realizar la obra, la obligación de pagar un precio, y muchas otras. La norma que objetamos en el Proyecto reputa que la “obligación de resultado” es un hecho excepcional. Más aún si tiene en cuenta la norma del art. 1721 del Proyecto, prevista tanto para la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual como para la responsabilidad de fuente extracontractual: “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”. Esto que es correcto en el campo de la responsabilidad extracontractual, en cambio es incorrecto para el caso del incumplimiento de contratos.

El tener la mayoría de las obligaciones como “obligaciones de medios”, de modo que el deudor sea responsable sólo en caso de que incurra en culpa, y considerar que la “obligación de resultado” es un hecho minoritario o excepcional, es algo reñido con la realidad y con la buena fe

contractual. En verdad la mayoría de las obligaciones son “obligaciones de resultado”, porque en la mayoría de las obligaciones las partes entienden que el deudor garantiza el resultado, de modo que es responsable en caso de incumplimiento aunque no haya culpa suya en el incumplimiento¹⁶. No es ésta una opinión doctrinaria, sino la constatación de una evidente realidad. Así sucede por ej. en la compraventa (ya sea de muebles, ya sea de inmuebles), en la locación de cosa, en el contrato de construcción y en la gran mayoría de los casos de locación de obra, etc. En efecto, la obligación del vendedor de entregar la cosa y transferir el dominio sobre ella, la del locador de dar la cosa en uso, la del locatario de restituirla al término del contrato, la obligación del locador de obra (en la mayoría de los casos), son concebidas y tratadas como “obligaciones de resultado”, y por ende no se requiere culpa del deudor para que éste deba responder por la inejecución de la obligación. Y en cuanto a las obligaciones dinerarias, no sólo en los negocios jurídicos mencionados, sino en cualquier especie de contrato, son reputadas siempre por la doctrina y por los tribunales como “obligaciones de resultado”; más aún: el mismo Código Civil ya desde su redacción originaria, no exige la culpa como requisito para la procedencia de los intereses en caso de incumplimiento de las deudas de dar dinero, sino que se trata de una responsabilidad objetiva: basta el incumplimiento material el día de vencimiento de la obligación, con prescindencia de que el deudor tenga o no culpa por su mora, para que deba pagar intereses (arts. 622 C.C.). Claro está que también hay varias hipótesis de obligaciones que son reconocidas como “obligaciones de medios” (como es por ej. la obligación del mandatario de concertar el negocio que le fue encargado), pero las “obligaciones de medios” *son manifiestamente minoritarias dentro del universo de las relaciones contractuales*. En cambio, para la responsabilidad aquiliana, de acuerdo con el Código Civil y según se acepta *generalmente* en la práctica judicial, rige el requisito de la culpa, salvo para los supuestos en que una regla de la ley haya atribuido deberes de resarcir a un responsable sin culpa suya, como por ej. en el art. 1113 C.C., 2º párr., últ. parte (daños causados por el riesgo o por el vicio de las cosas).

¿Han concebido acaso los autores del Proyecto que cuando las partes contratantes no expresen en el acuerdo contractual que se trata de una obligación de resultado, entonces siempre la obligación contractual es obligación de medios, salvo que por ciertas circunstancias deba tenerse como “obligación de resultado”? La respuesta es afirmativa, según resulta del artículo que examinamos, en relación con el art. 1721 del mismo Proyecto, como se ha visto. **Pero este régimen es erróneo y produce consecuencias no sólo contrarias a la doctrina y jurisprudencia vigentes, sino notoriamente injustas, según puede constatarse en la aplicación de tal criterio en los negocios jurídicos comunes que hemos mencionado como ejemplos.**

H) SE ESTABLECE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD O DE DISPENSA ANTICIPADA DE LA RESPONSABILIDAD Y LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, PARA LOS DAÑOS CAUSADOS CON CULPA GRAVE

Del Proyecto:

“Art. 1743 – *Dispensa anticipada de la responsabilidad*. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan antici-

¹⁶ Como ha señalado Alberto J. Bueres, “en materia contractual la responsabilidad es objetiva, pues la culpa campea como factor de atribución sólo cuando están en juego obligaciones de medios, circunstancia ésta que se da en escasísimos supuestos” (*Responsabilidad contractual objetiva*, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, vol. 1989–II, p. 964). “La preponderancia cuantitativa de las obligaciones de resultado, permite considerar que en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual será objetiva, y en la menor cantidad de supuestos se sustenta en la culpa” (*art. cit.*, p. 978). “En el ámbito contractual, la obligación de medios –cuya infracción reclama culpa– quedó confinada a los quehaceres de médicos y abogados, y a otras contadísimas hipótesis que se examinan muy infrecuentemente en los tribunales” (Alberto Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, vol. I, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 86).

padamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

Propuesta:

En el art. 1743 agregar después del término “dolo” la expresión “o culpa grave”, de modo que el tenor de dicho artículo quede así:

Art. 1743 – *Dispensa anticipada de la responsabilidad*. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo **o culpa grave** del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

La norma proyectada permite que en los “contratos por adhesión” (adhesión a cláusulas determinadas por una de las partes) el contratante predisponente de las cláusulas se libere fácilmente de toda responsabilidad, aun por culpa gravísima, en perjuicio del contratante adherente.

Dicha regla del Proyecto se opone a la doctrina de los juristas argentinos, que enseña que carecen de validez las cláusulas de eximición o de limitación de la responsabilidad no sólo respecto de los daños a los derechos indisponibles (v. gr. la vida y la integridad física), sino que también son inválidas tales cláusulas en los “contratos por adhesión” y asimismo son inválidas cuando se trata de daños causados por culpa grave del deudor, aunque no se trate de contratos por adhesión.

Debe corregirse el Proyecto en este punto, de modo que se declaren inválidas las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad cuando se trate de *daños derivados de culpa grave* del deudor.

Todos los códigos civiles aprobados en las últimas décadas que se han referido a las cláusulas de liberación de la responsabilidad o de limitación de la responsabilidad, establecen la invalidez de tales cláusulas para el caso de culpa grave (y en algunos de ellos, para cualquier grado de culpa), como puede verse a continuación, en las citas pertinentes de algunos códigos civiles americanos:

C. C. de Quebec de 1993: “Nadie puede excluir ni limitar su responsabilidad por el perjuicio causado a otro por una falta intencional *o por una culpa grave*; la culpa grave es la que denota una despreocupación, una imprudencia o una negligencia groseras.

Nadie puede de ningún modo excluir o limitar su responsabilidad por el perjuicio corporal o moral causado a otro” (art. 1474).

C.C. de Perú de 1984: “Serán nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo *o culpa inexcusable*” (art. 1986).

C. C. de Paraguay de 1986: “Será nula toda convención por la que se suprima o limite por anticipado la responsabilidad establecida en los artículos precedentes” (art. 1848).

C. C. de Bolivia de 1976: “Los pactos siguientes son nulos:

1) Los que anteladamente (*sic*) exoneren o limiten el deber de resarcir el daño que deriva de la responsabilidad del deudor por dolo *o por culpa grave*.

2) Los que anteladamente (*sic*) exoneren o limiten el deber de resarcimiento originado por la responsabilidad del deudor para los casos en que un hecho de él o de sus auxiliares viola obligaciones establecidas por normas de orden público” (art. 350).

Así también el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 disponía con acierto:

“La dispensa anticipada de la responsabilidad queda sujeta a estas reglas:

a) La responsabilidad por daño causado con dolo *o con culpa grave* no puede ser excluida ni limitada [...]” (art. 1642)¹⁷.

¹⁷ Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Antecedentes Parlamentarios, La Ley, n° 7, Buenos Aires, 1999.

En los *Fundamentos* del Proyecto de 2.012 no se da ninguna explicación de su apartamiento de la doctrina nacional y del régimen de los mencionados códigos civiles contemporáneos que han regulado el punto.

El texto del artículo 1743 del Proyecto, que hemos objetado aquí, coincide casi totalmente con el texto del art. 1578 del Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión designada por el P. E. de 1993. ¿Y cuál ha sido a su vez la fuente de la regla en ese Proyecto de 1993? Dicho proyecto menciona en nota puesta después de cada uno de sus artículos las fuentes del texto respectivo, que generalmente incluyen normas de algunos códigos civiles extranjeros; pero en este caso no menciona ningún código civil extranjero (pues no se conoce precedente legislativo que establezca estas normas favorables a la irresponsabilidad contractual), sino que expresa: “Fuentes: Se han sintetizado las principales ideas expuestas durante el coloquio del 13 y 14 de diciembre de 1990, organizado por la Universidad de París I y por el Centro de Derecho de las Obligaciones y Centro del Derecho del Consumo de la Universidad de Louvain la Neuve, Francia”¹⁸. Véase que lo que se declara como fuente son “ideas expuestas” en un coloquio, o sea en uno de los cientos de reuniones de juristas que se hacen cada año en tantos lugares del mundo, y ni siquiera se trata de conclusiones finales aprobadas o votadas en dicho coloquio singular, sino tan sólo de “ideas expuestas” allí.

I) INJUSTA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN SEVERO DE RESPONSABILIDAD DE LOS HOTELEROS A LOS PROPIETARIOS DE RESTAURANTES, BARES, ETC. POR EL HURTO, PÉRDIDA O DAÑO DE LAS COSAS QUE INGRESAN LOS CLIENTES

Del Proyecto:

“Art. 1375 – *Establecimientos y locales asimilables*. Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, *restaurantes*, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares, que presten sus servicios a título oneroso [...]”.

Propuesta:

Eliminar el término “restaurantes” del art. 1375 del Proyecto.

En los arts. 1368 al 1374 del Proyecto se contienen las reglas para regir la responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los huéspedes. Se reiteran allí varias normas del L. II, sec. III, título 15, capítulo 6º del Código Civil vigente, y se modifican y añaden otras. Se conserva la responsabilidad objetiva que establece en estos supuestos el Código redactado por Vélez, de modo que el propietario del establecimiento hotelero no se libera aunque pruebe su falta de culpa (arts. 1118, 2231 y 2236 del Cód. Civil).

Pero el Proyecto establece además que tales reglas se aplican a otros establecimientos que menciona, entre ellos, los restaurantes.

Vélez Sársfield se ocupó de excluir expresamente a los propietarios de comercios gastronómicos de este régimen de responsabilidad civil propio de los hoteleros, que es más severo que el régimen ordinario de responsabilidad de los comerciantes en general, pues los hoteleros son civilmente responsables, aunque no haya culpa alguna de su parte, por los hurtos o daños que un cliente cause en las cosas introducidas por otro cliente en el establecimiento y por todo hurto o pérdida de cualquier efecto que haya introducido el huésped en el establecimiento, aunque se ignore su causa. “Art. 2233 C.C. – *La responsabilidad impuesta a los posaderos, no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes...*”

¹⁸ *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 378 s.

Se comprende que la ley distinga la solución para el caso del hotel y para el caso del restaurante. Hay por lo menos cuatro razones para que el rigor legal sea distinto para estas dos clases de establecimientos, como se explica seguidamente:

a) En el caso del hotel el mismo hotelero, o gente de su personal, se encargan habitualmente de controlar el ingreso y salida de toda persona, cosa que no sucede normalmente en la mayoría de los restaurantes, y no se les puede reprochar a sus dueños tal falta de vigilancia o de servicio de portería.

b) Además, en el caso del hotel es posible que las cosas del huésped estén a resguardo de los extraños, sea que se depositen en la caja de seguridad, sea que se entreguen en la recepción, sea que se introduzcan en la habitación o en cualquier dependencia interna del establecimiento; en cambio, en el restaurante los efectos de los comensales suelen permanecer en mesas o sillas en el salón de acceso al público en general.

c) En el contrato de hospedaje se estipula el alojamiento, de modo que el huésped adquiere implícitamente el derecho de tener todas las seguridades y comodidades que tendría en su propia casa (entre ellas, el resguardo de sus cosas); en cambio el contrato entre el comensal y el comercio gastronómico tiene por objeto el servicio de comida, sin tales seguridades. En relación con esto, hay que ver que *la custodia de las cosas del huésped está dentro del objeto del contrato de hospedaje*, como lo reconoce universalmente la doctrina cuando analiza el objeto del negocio jurídico de hospedaje, y como bien lo explicó Vélez en la nota al art. 2227: “La responsabilidad al parecer extraordinaria, que se exige en este capítulo de los posaderos, nace también de la circunstancias especiales del acto de introducción en las posadas de los efectos de los viajeros. *El posadero en el hecho de abrir una posada al público, se ofrece a recibir el depósito de lo que lleve el viajero, y este depósito no es sólo en el interés del depositante, sino también en el interés del depositario, o sea del posadero, que lleva un precio por la persona y efectos de los que se alojan en su casa*”.

d) Finalmente, hay que ver que en el caso del hospedaje sería excesivo, y aun de imposible realización, que el propio huésped cuidara en todo tiempo sus pertenencias; en cambio esto puede hacerlo el comensal, quien sólo permanece en el salón del establecimiento gastronómico por un tiempo que no suele exceder la hora o la hora y media.

Por las varias razones expuestas, es desacertada la regla transcrita del Proyecto, en cuanto extiende el régimen de responsabilidad civil por hurto, pérdida o daño en las cosas, de los propietarios de hoteles a los dueños de comercios gastronómicos. Con respecto a éstos no se da la *ratio iuris*, o mejor dicho, no se da ninguna de las *rationes iuris*, que hacen que sea razonable tal régimen para los primeros.

De todos los códigos civiles sancionados en los últimos treinta años, solamente el Código Civil peruano de 1984 ha extendido a los dueños de restaurantes el régimen de responsabilidad sin culpa de los hoteleros (según el cual éstos son responsables aún por perjuicios que sufre un cliente por hurto de otro cliente o de un tercero extraño o por causa desconocida). En todos los otros códigos no hay tal extensión (así por ej. C. C. de Venezuela de 1982: arts. 1777 ss.; C. C. de Quebec de 1993, arts. 2298 ss.; C. C. de la Federación Rusa de 1995, art. 925.5; C. C. de Brasil de 2002: arts. 649 ss.) El C. C. de Paraguay excluye expresamente los restaurantes, como lo hace el C. C. argentino: “La responsabilidad prevista en el artículo anterior [que menciona “hoteles y establecimientos similares”] no se aplicará a los dueños de restaurantes, cafés, bares y otros establecimientos análogos” (art. 1265).

En lo que respecta al referido Código Civil de Perú, que atribuye dicha severa responsabilidad del hotelero al propietario de restaurante (art. 1727), tal norma ha sido cuestionada por los juristas de dicho país, precisamente porque la custodia de las cosas del comensal es algo ajeno a la relación contractual que lo vincula con el restaurante¹⁹.—

¹⁹ Cfr. Manuel Muro Rojo, *Comentario del art. 1.727*, en AA. VV., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, T. IX, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

