

LAS NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE NATURALEZA CON INJERENCIA EN EL DERECHO PROCESAL

por **HÉCTOR EDUARDO LEGUISAMÓN**

SUMARIO: I) Proemio. – II) Reglas sobre la carga de la prueba. Las cargas probatorias dinámicas. – III) Las normas sobre la responsabilidad civil y su impacto en el proceso. – a) La responsabilidad subjetiva. – b) La responsabilidad objetiva.

I. Proemio

Después de un largo trayecto de espinosas vicisitudes y avatares por todos conocidos acaecidos desde que fue elaborado el Anteproyecto por la Comisión Redactora, pasando por su revisión en el Poder Ejecutivo Nacional que envió el Proyecto al Congreso de la Nación, el prolongado tratamiento en la Comisión Bicameral de este último, la aprobación en la Cámara de Senadores, hasta que finalmente lo fue en la de Diputados luego de un dilatado lapso que, incluso, hizo pensar a muchos que no lo sería, fue sancionado por la ley 26.994 el nuevo Código Civil y Comercial, norma esta última que también derogó el Código Civil y el Código de Comercio y, además, modificó y abolió otras leyes complementarias, entrando en vigencia, contra cualquier pronóstico, con anterioridad a la celebración de este Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Estamos viviendo un momento histórico puesto que se trata de la unificación de dos códigos de fondo que –con reformas esporádicas, más allá de la que hace ya casi medio siglo considerablemente produjo la ley 17.711 en el Código Civil- rigieron por prácticamente ciento cincuenta años, por lo cual sus disposiciones son de un conocimiento arraigado en la comunidad jurídica; pero lo más significativo es que tanto el Código Civil como el Código de Comercio –y las leyes complementarias reformadas o derogadas- tendrán una vigencia ultractiva pues seguirán gobernando los efectos ya consumidos, agotados o producidos de los

hechos y actos jurídicos anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código Civil y Comercial contiene, traspasando el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, considerable cantidad de normas de naturaleza procesal, y también otras que impactan o influyen en el proceso judicial que, por tratarse de materia sustancial, deben ser reguladas por la legislación de fondo.

Sin embargo, dada la obvia limitada extensión que debe tener mi exposición –y, por ende, este trabajo–, sólo serán objeto de estudio las relativas a la responsabilidad civil que más trascendencia tendrán en la *praxis* forense diaria.

II. Reglas sobre la carga de la prueba. Las cargas probatorias dinámicas

Invadiendo una órbita que no le compete según el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, en tanto se trata indudablemente de normas de orden procesal, el art. 1734 del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante nuevo CCC) establece que “excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”, complementado por el art. 1735 en tanto establece “No obstante, el juez puede 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. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”; también el art. 1736 prescribe que “la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”; como, asimismo, el art. 1744 prevé que “el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”.

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial tras decirse que “En el Proyecto de 1998 se incluyen normas relativas a la carga de la prueba en materia de responsabilidad, lo que ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que disminuye la litigiosidad y confiere seguridad en este tema”, llamativamente se afirma que “Este tipo de normas *no es procesal*, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se

establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo. En tales condiciones, la prueba es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio, que en este caso significa que el hecho no está probado y el juez debe decidir en consonancia. En materia de factores de atribución de la responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (art. 1619). Esta regla puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente”¹.

Es decir, que no sólo llamativamente se afirma que las normas que rigen la carga de la prueba *no son de índole procesal*, sino que, además, se contemplan en el nuevo CCC las denominadas *cargas probatorias dinámicas*.

No es que no esté de acuerdo con lo que disponen tales normas, sino que estén incluidas en el Código sustantivo, puesto que, en palabras del senador Guinles en el debate en la Cámara de Senadores –aunque en su intervención se refirió a la responsabilidad del Estado- se trata de “una cuestión de competencias de la Constitución Nacional, que es lo que hay que respetar, y no la mera conveniencia”².

En primer lugar, las reglas referidas a la *carga de la prueba*, contrariamente a lo afirmado en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, son netamente de naturaleza procesal. Tanto es esto así que integran la llamada “Teoría general de la prueba”.

En efecto, el tema de las reglas sobre la *carga de la prueba* tiene que ver con el tercer interrogante planteado por el maestro uruguayo Couture, según el cual el estudio de la *carga de la prueba* busca responder “*quién prueba*”, es decir, cuál de las partes debe producir la prueba de los hechos que componen el

¹ Ver en *Código Civil y Comercial de la Nación*, ps. 664/665, Rubinzal-Culzoni, 2012.

² Ver la versión taquigráfica (provisional) de la Sesión especial de los días 27 y 28 de noviembre de 2013, p. 72.

debate³. No en vano cada vez que en una obra jurídica se trata el tema de la *carga de la prueba*, aun la doctrina civilista que se ha ocupado del tema de la responsabilidad civil, se hace referencia a autores procesalistas de distintas latitudes como Devis Echandía, Rosenberg, Guasp, Falcón, Arazi, Peyrano, Fenocchiato, entre muchos otros, como también lo hacen los fallos judiciales.

Tradicionalmente se tiene aceptado que incumbe al actor la prueba de los hechos *constitutivos* (los que dan nacimiento al derecho), mientras que corresponde al demandado la carga de probar los hechos *extintivos* (los que lo aniquilan o extinguen, como el pago), *modificativos* (los que lo truecan o alteran, como la novación o la quita) y los *impeditivos* (los que obstan a su validez, como la falta de capacidad o facultades del mandatario).

En este sentido, si bien no se apegan con estrictez a la teoría tradicional, genéricamente los códigos procesales locales (como el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –C.P.C.C.N.-, el 375 del de la provincia de Buenos Aires, etc.), establecen que incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer, y que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Como vemos, no establecen cuáles son los hechos que debe probar el actor ni cuáles el demandado, sino que indica a todos los litigantes que deben probar los hechos que afirman, en tanto sean controvertidos, y los que constituyan el presupuesto de hecho de la norma en que se basen. Pero, de todas formas, la teoría tradicional se puede enmarcar en sus contenidos, aplicados a todo tipo de controversias, no sólo con relación a la responsabilidad civil como ha quedado en el nuevo CCC⁴.

Así, por ejemplo, si el actor demanda la devolución de un préstamo de dinero y no probó el mutuo que es el presupuesto de hecho de su pretensión (o sea, el hecho constitutivo), resultará vencido aunque el demandado nada pruebe. Si el demandado reconoce que recibió el préstamo pero alega que devolvió el

³ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 215/216, Depalma, 1978. El primero se refiere a *qué* es la prueba –*concepto* de la prueba-; el segundo a *qué* se prueba –*objeto* de la prueba-; el cuarto a *cómo* se prueba –*procedimiento* probatorio-; y el quinto a *qué* valor tiene la prueba producida –*valoración* de la prueba-.

⁴ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Derecho procesal civil*, t. I, ps. 608/610, Rubinzal-Culzoni, 2009.

dinero que recibiera, debe probar el pago que es el presupuesto de hecho de su defensa (o sea, el hecho extintivo), pues en caso contrario será condenado.

En esta hipótesis, no serán aplicables los arts. 1734 a 1736 del nuevo CCC puesto que éstos se refieren a la responsabilidad civil, de lo cual se deriva que necesariamente se aplicarán las reglas sobre la *carga de la prueba* que contienen los códigos procesales civiles locales, que son los que deben contener tales normas en virtud del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Con relación a la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, no puede existir duda alguna que se trata de un moderno instituto netamente procesal.

Iniciada en el seno de la procesalística, como bien lo hace notar Peyrano⁵, esta teoría, tratada y reconocida dentro de su ámbito⁶, se expandió rápidamente a la esfera civilista siendo objeto de tratamiento en encuentros científicos de Derecho Civil⁷. Es que dado que la aplicación estricta de las reglas sobre la carga de la prueba puede llevar a resultados disvaliosos e injustos, en casos en los que la prueba resulta de imposible o muy difícil concreción (prueba “diabólica”), el concepto de la carga de la prueba comenzó y evolucionó en el campo del Derecho Procesal –no en el Derecho Civil- con la aceptación de un sentido más flexible y facilitador de colaboración y buena fe del derecho a probar. Así, aparece el nuevo concepto de *carga probatoria compartida* como manifestación de una nueva cultura del proceso judicial, caracterizada por la vigencia del principio de solidaridad y el deber de cooperación de todos en procura de un rendimiento del servicio de justicia más eficiente que el actual, donde se encuentra aceptable que, en buena medida, la tarea probatoria es común a ambas partes, abriéndose actualmente camino, cada vez con mayor ímpetu y vigor, la teoría de las *cargas probatorias dinámicas –favor probationis-*, que se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, o posee a su alcance, con mayor facilidad, los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de que su situación, en principio, es de superioridad técnica con respecto a la contraparte, por lo cual debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa, o transferir la

⁵ PEYRANO, Jorge W., *Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, L.L. 1996-B-1027/1029, sec. Doctrina.

⁶ “V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático”, Junín, 1992, y “XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993.

⁷ “Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil”, 1989, y las “III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa”, Santa Rosa, 1991.

responsabilidad de la prueba a la otra parte invocando criterios absolutos o rígidos.

Se aplica esta teoría frecuentemente en casos de responsabilidad médica y de simulación de actos jurídicos, pues, por sus circunstancias, en ellos se patentiza una notable desigualdad en la posibilidad de probar porque el paciente, o desconocía las técnicas que se llevaban a cabo, o se encontraba inconsciente (anestesiado), mientras que el perjudicado por una simulación directamente no participó en ellos, motivo por el cual ignora un sinnúmero de detalles que, por el contrario, sí son del conocimiento de los que efectuaron la simulación. Tanto en uno como en otro caso se encuentran imposibilitados de allegar elementos contundentes; sin embargo, la propagación de la teoría ha dado lugar a su admisión en otros casos⁸.

De todos estos casos, según el art. 1735 del nuevo CCC, únicamente se podría aplicar a los casos de responsabilidad médica o la de prestadores de servicios públicos (por ej., empresas telefónicas por sobrefacturación o de concesionarios viales).

Por otro lado, se advierte, incluso, la inconveniencia de la norma del mentado art. 1735, o, al menos, que es incompleta, en tanto en su última parte estipula que el juez comunicará a las partes que aplicará las *cargas probatorias dinámicas* de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que haga a su defensa, prescripción que en la *praxis* forense tendrá obstáculos por imperio de las normas procesales locales, máxime respecto de aquellos códigos procesales civiles que, como por ejemplo el de la Nación que tanto en el proceso ordinario como en el sumarísimo, o el de la provincia de Buenos Aires en el proceso sumario, prevén que la prueba se debe ofrecer con los escritos constitutivos del proceso, de donde se sigue que la prueba se debe ofrecer con el ataque y la defensa y, por ende, para aplicar dicho art. 1735, necesariamente el juez deberá alterar las normales procesales locales.

⁸ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*, Revista de Doctrina 2 del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Año 1, Nº 2, mayo de 2000, ps. 50/58; *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*, en *Cargas probatorias dinámicas*, director Jorge W. Peyrano, coord. Inés Lépori White, ps. 109/124, Rubinzal-Culzoni, 2004; y *La prueba de oficio y las cargas probatorias dinámicas en los procesos colectivos*, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2012 – Número extraordinario, *Procesos colectivos*, ps. 263/273.

Esta cuestión, que es materia de tratamiento en la doctrina procesal, incluso lo fue en algunos eventos científicos de Derecho Procesal, demuestra que la incorporación de la teoría de las *cargas probatorias dinámicas* se debe efectuar en los códigos procesales locales, porque de por sí compete a cada provincia su regulación conforme los arts. 121, 122, y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, sino además, y sin perjuicio de ello, para que el dispositivo resulte armónico con el resto de las normas procesales locales referidas al ofrecimiento de los medios de prueba.

Ningún justiciable planteará, ni tampoco será declarada la inconstitucionalidad de tales normas (ni aun de oficio) ya que se es sabido que para que tal declaración proceda, se debe estar a la última *ratio* y al perjuicio que cause la norma tachada de inconstitucional en el caso concreto, y aunque así se realizara de todas maneras la norma procesal local sobre la carga de la prueba continúa siendo aplicable y debe serlo.

De lo que se trata es que, elementalmente, al sancionar una ley el Congreso Nacional debe respetar la Constitución Nacional, máxime entonces cuando hablamos del nuevo CCC que regirá por años, es lo menos que se podía esperar. Y si la Constitución Nacional estableció en 1853 que las provincias conservan todo el poder no delegado en la propia Constitución al Gobierno federal y que se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas, y no le fue delegado al Gobierno federal el poder de establecer normas procesales de aplicación local, y si ello fue ratificado en 1994 al no retocarse tales aspectos por la Convención Constituyente (conf. los ya citados arts. 121, 122 y 75, inc. 12, de la Carta Magna –originalmente arts. 104, 105 y 67, inc. 11, en el texto de 1853), el Gobierno federal no puede hacerlo, ni mediante el Poder Ejecutivo Nacional ni el Congreso Nacional.

En este sentido, entiendo que en la Cámara de Senadores no se ha hecho una apropiada defensa de los poderes de las provincias no delegados al Gobierno federal por parte de los senadores como representantes de las provincias en el Congreso Nacional (art. 54 de la Constitución Nacional), ni tampoco luego en la Cámara de Diputados.

III. Las normas sobre la responsabilidad civil y su impacto en el proceso

El nuevo CCC, como lo hacía el Código Civil derogado, establece tanto la responsabilidad civil subjetiva como la objetiva –esta última según la modificación de la ley 17.711-, pero acrecienta la objetiva aunque determina en su art. 1722

que en ausencia normativa, el factor de atribución es la culpa, lo cual significa que la responsabilidad será subjetiva a menos que el Código disponga que se trata de una responsabilidad objetiva.

Liminarmente, conviene aclarar que no fueron objeto de alteraciones las normas del Anteproyecto remitido por la Comisión Redactora relativas a la responsabilidad civil por parte del Poder Ejecutivo Nacional, ni por la Comisión Bicameral del Congreso Nacional que se ocupó posteriormente de su tratamiento, como tampoco fueron tratadas en el debate acaecido en la Cámara de Senadores (que aprobó el dictamen de la citada Comisión Bicameral con sólo dos modificaciones –las de los arts. 2532 y 2560 referidos a la posibilidad de permitir a las provincias y ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar normas locales sobre prescripción liberatoria, especialmente en cuanto a los tributos⁹-), salvedad hecha respecto del tema de la responsabilidad civil del Estado, como de sus funcionarios y empleados públicos, en tanto, para excluirlas del nuevo CCC y someterlas a una ley especial –aspecto ciertamente cuestionable-, fueron reformulados por el Poder Ejecutivo Nacional los arts. 1764¹⁰, 1765¹¹ y 1766¹² del Anteproyecto, como

⁹ Según fuera aprobada en el Senado –y luego en la Cámara de Diputados-, la nueva redacción del artículo 2532 es: “*Ámbito de aplicación*. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”; mientras que el artículo 2560 quedó de la siguiente manera: “*Plazo Genérico*. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

¹⁰ El texto modificado por el Poder Ejecutivo Nacional finalmente aprobado dice: “*Inaplicabilidad de normas*. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

La redacción original del Anteproyecto disponía: “Artículo 1766. *Responsabilidad del Estado por actividad ilícita*. 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”.

¹¹ El texto modificado por el Poder Ejecutivo Nacional finalmente aprobado reza: “*Responsabilidad del Estado*. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

La redacción original del Anteproyecto establecía: “Artículo 1764. *Responsabilidad del Estado*. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por 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”.

¹² El texto conforme modificación del Poder Ejecutivo Nacional finalmente aprobado establece: “*Responsabilidad del funcionario y del empleado público*. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

La redacción original del Anteproyecto disponía: “Artículo 1765. *Responsabilidad del funcionario y del empleado público*. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños

también suprimida la Sección sobre los daños a los derechos de incidencia colectiva, aspectos éstos que sí fueron materia de señalamientos –aunque de manera insuficiente en mi forma de ver- en el debate de la Cámara de Senadores, principalmente el primero de ellos, ni tampoco finalmente en la Cámara de Diputados.

El tema de la responsabilidad civil –unificada en el nuevo CCC la contractual y la extracontractual en cuanto a la reparación- es de suma trascendencia en tanto y en cuanto, importan entre el 60% y el 70% de los litigios que llegan a conocimiento de la Justicia, sin temor a equivocarme, en todas las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mayormente por casos de accidentes de tránsito¹³, de mala *praxis* profesional (especialmente médica, aunque de manera creciente, también la abogadil), como, asimismo, los siniestros que ocurren en los corredores viales a cargo de empresas concesionarias. Si se añaden la considerable cantidad de casos que no llegan a los estrados judiciales por haber sido transados en un procedimiento de mediación, o aun, con antelación a ésta, y se agregan, a su vez, las controversias por responsabilidad contractual, se puede fácilmente concluir en la importancia de esta materia que ha dado lugar al surgimiento del moderno Derecho de Daños.

Sin embargo, pareciera ser que no lo es a estar a la falta de modificaciones de las normas del Anteproyecto original por parte del Poder Ejecutivo Nacional como de la Comisión Bicameral, y de la ausencia de tratamiento en las cámaras de Senadores y de Diputados.

En este cauce, aunque me extenderé más adelante, dable es adelantar a esta altura que, por ejemplo, el conocido art. 1113 del derogado Código Civil, que a partir de la reforma de la ley 17.711 estableció la responsabilidad objetiva del

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”.

¹³ El art. 1769 del nuevo CCC, ubicado en la Sección 9ª “Supuestos especiales de responsabilidad”, del Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I “Responsabilidad civil”, prescribe: “*Accidentes de tránsito*. Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículo”, lo cual no es sobreabundante ni innecesario, toda vez que con ello se aventa las discrepancias interpretativas que tuvo y tiene el art. 1113 del actualmente derogado Código Civil en cuanto a su aplicabilidad a los casos de colisiones múltiples de automóviles, y que en la ciudad de Buenos Aires dio lugar al fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil *in re* “Valdez, Estanislao Francisco c/El Puente S.A.T. y otro s/Daños y perjuicios”, del 10/11/1994: “La responsabilidad del dueño o guardián emergente de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores en movimiento, no debe encuadrarse en la órbita del art. 1109, Cód. Civil” (L.L. 1995-A-137; Lexis n° 951096).

dueño o guardián de la cosa productora de un daño por el riesgo o vicio de ella, salvo que se pruebe la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder, incluyendo parte de la doctrina y de la jurisprudencia también el *casus*, es decir, estableciendo una presunción legal sustancial *iuris tantum* de responsabilidad, aplicado pacíficamente por los tribunales como también tratado por los doctrinarios –salvo diferencias de tonalidades-, y de conocimiento ineludible y arraigado en los jueces, abogados y demás operadores jurídicos, dejó de ser el mismo, y no porque se haya cambiado simplemente el número del artículo, sino porque para establecer el sistema –o subsistema, si se prefiere- que instituía anteriormente el art. 1113 del abolido Código Civil en lo que hace a la presunción legal de responsabilidad y a sus eximentes como hechos a probar para destruirla –total o parcialmente-, hay que armar el sistema a partir de diferentes artículos, no sólo no correlativos y en secciones distintas, sino que, además, introductores de cuestiones que seguramente darán lugar a controversias doctrinarias y jurisprudencia contradictoria en todas las latitudes de nuestro país hasta que tras varios años, primero, los que en promedio demora un pleito –tres a cinco años-, y, luego, lo que tarde la jurisprudencia en ir encolumnándose en una o más direcciones –otro lapso similar o mayor aún-, llegaremos a estar en la situación consolidada que teníamos últimamente, salvo, reitero, simples tonalidades diferentes.

Sin embargo, en los fundamentos con los cuales fuera presentado el entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se lee: “Luego de la reforma de la ley 17.711 al art. 1113 del Código Civil se ha desarrollado una amplia y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de este texto que no se puede ignorar. También es necesario incluir el concepto de actividad riesgosa, que la mayoría de la doctrina argentina ha aprobado. Respecto de la definición de esta noción, en cambio, hay muchas discrepancias. La inclusión de la actividad riesgosa sin ninguna precisión, hace que cualquier actividad humana pueda ser considerada como tal, generalizando la responsabilidad de modo excesivo y sin precedentes en el derecho comparado. Por estas razones el texto contempla dos supuestos: – El daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, que mantiene la ya referida regla del art. 1113 del actual Código...”¹⁴.

¹⁴ Ver en *Código Civil y Comercial de la Nación*, ob. cit., p. 670.

a. La responsabilidad subjetiva

De la misma manera que el derogado Código Civil establecía como supuestos tradicionales de responsabilidad subjetiva al dolo y a la culpa (arts. 1076 y 1109, respectivamente), el nuevo CCC los contempla en el art. 1724 que lleva por título el de “Factores subjetivos”.

Mientras el art. 1706 del abolido Código Civil prescribía como determinante del dolo a la “libre determinación de parte del autor”, entendiéndose tradicionalmente por los autores como caracterizante del dolo a la intención de producir el daño, con mejor técnica legislativa y mayor precisión, el art. 1724 del nuevo CCC prescribe precisamente que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional; pero, además, de modo análogo al “dolo eventual” del Derecho Penal¹⁵, acertadamente incluye como supuesto configurativo del dolo el haber actuado el agente “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, concepto dentro del cual cabe incluir también la hipótesis de “culpa grave”.

Por el lado de la culpa, mejorando el dispositivo del art. 1109 del abrogado Código Civil en tanto genéricamente sólo mencionaba “culpa o negligencia”, el art. 1724 del nuevo CCC especifica que “La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”, y agrega que “Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”. Si bien se podría entender que lo primero es el concepto tradicional de “negligencia” que está contemplada precisamente a continuación de tal conceptualización –a la manera de la explicación contenida en un libro jurídico-, considero que no está de más y puede dar lugar a solucionar casos concretos.

Lo interesante de este art. 1724 es la innovación de incorporar en el texto normativo el supuesto de “impericia en el arte o profesión” como configurativo de culpa, concepto que si bien los autores y la jurisprudencia tradicionalmente lo incluían dentro de la “negligencia”, se precisa la hipótesis configurativa de culpa como factor de atribución de responsabilidad subjetiva a los profesionales liberales, sin perjuicio de que el art. 1768 del nuevo CCC prevé la responsabilidad del profesional liberal como supuesto especial de responsabilidad, tópico sobre el

¹⁵ Como expresamente se reconoce en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (ver en *Código Civil y Comercial de la Nación*, ob. cit., p. 663).

que volveré más adelante.

En síntesis, el escenario tanto del objeto de la prueba –qué se debe probar- y de la carga de la prueba –quién debe probar- para este factor subjetivo de responsabilidad básicamente se mantiene como en el sistema del derogado Código Civil, aunque en el caso de la mala *praxis* profesional habrá que demostrar la impericia en el arte o profesión –v.gr., la elección por parte de un médico de un tratamiento no adecuado o recomendable científicamente- si es que no se trata de una omisión directamente negligente, como también en la hipótesis de la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos –y culpa grave- para agravar las consecuencias se deberá probar de alguna manera palmaria o surgir por presunción judicial, con lo cual habrá que probar los indicios en que ésta se sustente.

b. La responsabilidad objetiva

El sistema de la responsabilidad objetiva, particularmente aplicable a los accidentes de tránsito según anticipé, que prevé el nuevo CCC, con algunas tonalidades en cuanto a las eximentes, es básicamente similar al que regía según los derogados Código Civil y Código de Comercio, aunque no está concentrado en dos normas (arts. 1113 del abolido Código Civil, y 184 del abrogado Código de Comercio), sino que está previsto en varias normas inconvenientemente algo dispersas. Esto hace que, aunque la Comisión Bicameral injustificadamente quitó del art. 1° del Proyecto de Código Civil y Comercial a “la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso” como regla de interpretación de la ley que se debía tener en cuenta, en mi opinión continúen teniendo vigencia en lo sustancial tanto las opiniones doctrinarias como los fallos jurisprudenciales, pero deberá ser objeto de adecuación las tonalidades en atención a algunos retoques innovatorios de los cuales ha sido objeto según veremos.

En primer lugar, resulta útil señalar que con carácter general establece ahora el art. 1722 del nuevo CCC, que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la “causa ajena”, excepto disposición legal en contrario. Ya de por sí la expresión “causa ajena” contenida en el dispositivo adolece de claridad en tanto no delimita en qué consiste concretamente la “causa ajena” que exoneraría de la responsabilidad objetiva y que debe ser probada,

máxime teniendo en consideración lo que disponen los arts. 1729, 1730 y 1731 del nuevo CCC.

Concretamente en lo que hace a los casos de accidentes de tránsito, en virtud del art. 1769 del nuevo CCC, que lleva por título precisamente “accidentes de tránsito”, los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas¹⁶ se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos. Así, el dueño y el guardián responden de manera concurrente o *in solidum* (categoría de las obligaciones acertadamente ahora contemplada expresamente en el art. 850 del nuevo CCC) por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas –el automotor-, entendiéndose por guardián –como ahora lo considera expresamente la norma- a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella (arts. 1757 y 1758, 1^{er} párr. del nuevo CCC).

Según lo dispone el nuevo CCC, el dueño o guardián no responden, total o parcialmente, si demuestran: a) que el hecho del damnificado incidió en la producción del daño, *excepto* que la ley o el contrato dispongan que se debe tratar de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial (art. 1729); b) que se produjo por el hecho de un tercero por quien no deben responder, supuesto que debe reunir los caracteres del caso fortuito (art. 1731); o c) que el hecho dañoso se produjo por caso fortuito o fuerza mayor, que es aquel que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha sido factible evitarlo, como ahora lo conceptualiza expresamente la norma –incluso aclarando que los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” se emplean como sinónimos en el nuevo CCC-, hipótesis esta última en la cual la eximición de responsabilidad es total excepto disposición en contrario (art. 1730), aunque de todas maneras el deudor resulta responsable si el caso fortuito constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito (art. 1733, incs. e y f).

Esto amerita algunas consideraciones particulares puesto que según el art. 1729 para destruir la presunción legal de responsabilidad objetiva y quedar exonerado total o parcialmente, le bastaría al propietario o guardián del automóvil

¹⁶ Se refiere a los arts. 1757 a 1759, ubicados en la Sección 7^a “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”, del Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, del Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, del Libro 3° “Derechos personales”.

probar que el mero accionar del damnificado, incluso aunque sea lícito, incidió en la producción del accidente; es decir, que sin que se llegue al dolo (como hecho intencional o con “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, como ahora lo contempla el art. 1724 del nuevo CCC –por ej.: que un peatón se arroje directamente sobre un automóvil en circulación-), no sería necesaria la existencia de culpa –negligencia o imprudencia- de la víctima para que el propietario o guardián se eximan de responsabilidad, máxime que el propio art. 1729 establece como excepción que la ley o el contrato –circunstancia esta última no aplicable a los casos de daños por hechos ilícitos- dispongan que se debe tratar de la culpa del damnificado, circunstancia ésta que no aparece en alguna otra norma que se pueda considerar aplicable a los casos de daños –especialmente de accidentes de tránsito-.

Como anticipé, en los fundamentos con los cuales fuera presentado el entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial, no se encuentra una explicación o aclaración sobre este tópico, sino que justamente, como antes dije, se lee: “Luego de la reforma de la ley 17.711 al art. 1113 del Código Civil se ha desarrollado una amplia y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de este texto que no se puede ignorar”, razón por la cual no se alcanza a comprender el motivo de la variación al mero hecho del damnificado como causa de exoneración de la responsabilidad objetiva.

Así, la aplicación literal del mentado art. 1729 podría llevar a situaciones absurdas o absolutamente injustas.

Piénsese, como hipótesis, en el peatón que cruza una calle corriendo por la senda peatonal, incluso habilitado por el semáforo, y es arrollado por un automóvil que gira desde la calle transversal y por tanto también habilitado por la luz verde del semáforo; nuestro peatón cruzó por el lugar habilitado y destinado para que lo haga, pero con seguridad el conductor del rodado aducirá, en pos de su exoneración de responsabilidad, que el accidente se produjo porque el peatón cruzó corriendo. El art. 41, inc. e, de la Ley de Tránsito n° 24.449 no exige al peatón que cruce caminando, de manera que cruzó lícitamente, más todavía si se toma en cuenta que el art. 64, 3^{er} párr., de la misma ley 24.449, establece que el peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito, ¿se podría juzgar que el haber cruzado corriendo es un hecho del damnificado que incidió en la producción

del daño y con ello que el conductor del vehículo se exima de responsabilidad? Tengo para mí que la respuesta debe ser rotundamente negativa, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸ consolidada tiene entendido que, por ejemplo, el peatón distraído, como también el imprudente, es un riesgo común inherente al tránsito callejero, por lo cual el conductor de un automotor, como guardián de una cosa peligrosa, tiene la obligación de estar atento a las evoluciones de la circulación; en tal inteligencia, el mero y simple hecho del peatón distraído que incidió en la producción del daño no puede eximir de responsabilidad al conductor del rodado ni siquiera parcialmente, en cambio, el hecho del peatón imprudente o negligente sí puede exonerar de responsabilidad parcialmente y, de acuerdo a su gravedad, también totalmente al conductor del automóvil.

En mi parecer, por más que el art. 1729 diga expresamente en su parte final que como excepción se debe tratar de la culpa o el dolo de la víctima cuando lo disponga la ley, lo cual dará innecesariamente lugar a controversias doctrinarias y jurisprudencia contradictoria, se debe entender como eximente de responsabilidad únicamente cuando ha mediado un hecho imprudente o negligente del damnificado que incidió en la producción del hecho, es decir culpa de la víctima, o directamente intencionalidad en provocarlo, o sea, dolo del damnificado; de lo contrario habría que considerar que el simple hecho del damnificado, aunque éste sea lícito, podría eximir de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa, o, lo que es lo mismo, convertir a la víctima en responsable del hecho aun sin culpa.

Más todavía si hacemos jugar armoniosamente el precepto del art. 1719, 1^{er} párr., del nuevo CCC, en cuanto prevé que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro –y cruzar una calle ciertamente lo es, o al menos hoy en día en una ciudad populosa- no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella se pueda calificar como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

De tal guisa, el contorno interpretativo de la frase “la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño” contenida en el mentado art. 1729 deberá

¹⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, y PIEDECASAS, Miguel A., *Accidentes de tránsito. Doctrina – Jurisprudencia*, p. 75, Rubinza-Culzoni, 2010.

¹⁸ CNCiv., sala C, 30/9/1975, JA 1976-III-434; CNEsp.Civ.Com., sala III, 3/4/1981, ED 93-359.

ser objeto de demarcación por la jurisprudencia, pero hasta que ésta se encolumne seguramente muchos damnificados quedarán privados de una indemnización que les hubiese correspondido y, por otro lado, muchos propietarios o guardianes deberán pagar resarcimientos que no deberían haber hecho.

Si se sancionaba un nuevo Código Civil y Comercial era esperable que se mejorara el anterior, aunque en realidad no hay mayores discrepancias en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre la aplicación de los arts. 1113 y 184 respectivamente de los derogados Código Civil y Código de Comercio, como precisamente dicen los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, no para retroceder y crear incertidumbres.

En cuanto al hecho de un tercero por quien no se debe responder según el art. 1113, 2º párr., 2ª parte, del abolido Código Civil, ahora el art. 1731 del nuevo CCC agrega que “*debe reunir los caracteres del caso fortuito*”, lo cual significa que para exonerar de responsabilidad al dueño o guardián del automóvil, el hecho del tercero por quien no deben responder, se requiere que no haya podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

Esto también va a traer problemas interpretativos en la práctica al tiempo de aplicar el artículo.

Pongamos como ejemplo el caso frecuente de un automóvil que circulando a velocidad reglamentaria, incluso con prioridad de paso, al realizar el cruce de una intersección es embestido por otro vehículo que transita por la transversal, a consecuencia de lo cual colisiona a su vez contra un vehículo estacionado o arrolla a un peatón que cruza lícitamente la calle o, inclusive, que camina por la acera. El cruce de la intersección del otro rodado no es un hecho imprevisible, ni tampoco que lo hubiese hecho excediendo la velocidad permitida (más de 30 km/h) puesto que justamente esto es lo previsible –lamentablemente en muchas ciudades de nuestro país- cada vez que conduciendo un automóvil nos aproximamos a una intersección de calles, pero, además, se puede evitar el accidente si nuestro conductor detiene la marcha –insisto, aun contando con prioridad de paso- antes de emprender el cruce. ¿Se puede considerar que en esta hipótesis nuestro conductor no podría ser eximido de responsabilidad frente al damnificado por la culpa de un tercero por quien no debe responder –el conductor del otro rodado- porque no fue imprevisible la aparición de éste o porque de todas maneras pudo haber evitado el accidente?

Aunque personalmente entiendo que en este caso también la respuesta es negativa, más allá de que como se verá seguidamente, el caso se debe juzgar a la luz de las normas particulares de tránsito, y conjugadamente de manera complementaria por la presunción legal de responsabilidad que pesa sobre el propietario o guardián del automóvil, sino porque de ser como lo establece el art. 1731 del nuevo CCC prácticamente no habría manera de que en un accidente de tránsito el propietario o guardián del vehículo se exonerara de responsabilidad, lo cierto es que provocará debates doctrinarios y jurisprudenciales innecesarios.

En cuanto a los casos de accidentes de tránsito en los que resulte damnificado un pasajero transportado mediando contrato de transporte, se aplicarán los arts. 1288 del nuevo CCC en tanto prevé que además del traslado, comprende las operaciones de embarco y desembarco (ascenso y descenso, en un automotor); 1289, inc. c, en cuanto establece que el transportista debe garantizar la seguridad del pasajero; y 1291 que prevé la responsabilidad del transportista, además de la de su incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, por los siniestros que afecten a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el art. 184 del derogado Código de Comercio, esas normas no contemplan, como tampoco lo hace ninguna de la Sección 2ª “Transporte de personas”, del Capítulo 7 “Transporte”, del Título IV “Contratos en particular”, del Libro III “Derechos personales”, ninguna causa de exoneración de la responsabilidad objetiva del transportista, de manera que cabrá aplicar las de los antes referidos arts. 1729, 1730 y 1731, pero hubiera sido deseable que fuera expresamente dispuesto por el mismo nuevo CCC.

Dable es señalar en cuanto al llamado transporte *benévolo* que el art. 1282 del nuevo CCC prescribe que el transporte gratuito no está regido por las reglas del Capítulo 7 dedicado al “Transporte”, excepto que sea efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad. Pero, por otro lado, el art. 1719 del nuevo CCC, bajo el título de “Asunción de riesgos”, dispone que “la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro [como lo es ser transportado en un automotor] no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

Con ello continuará el debate con relación a si la responsabilidad del transportador *benévolo* se encuentra en la órbita del factor de atribución subjetivo o del objetivo, y, aunque en lo personal me inclino por este último factor de atribución, hubiera sido conveniente que el nuevo CCC lo definiera aventando las vicisitudes jurisprudenciales e incertidumbres para los ciudadanos.

Para finiquitar, si bien entiendo que, además de la ley 24.240 –de Defensa del Consumidor–, son aplicables a la responsabilidad de los concesionarios viales por los hechos que se producen en el camino a su cargo –cada vez más frecuentes–, los arts. 1757 y 1758, 2º párr., del nuevo CCC, porque el primero sustituye al art. 1113 del derogado Código Civil en cuanto a la responsabilidad del daño causado por el riesgo o vicio de las cosas –tal cual lo entendió recientemente la jurisprudencia–, sino porque ahora expresamente establece la responsabilidad objetiva de las actividades que sean *riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización*, y, el segundo, dispone que en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella; en este sentido, no cabe duda que la actividad de los concesionarios viales, en tanto deben mantener en condiciones seguras el corredor vial, implica un riesgo o peligro para quienes lo utilizan, sirviéndose de ella para obtener un provecho como es la percepción del peaje; hubiera sido conveniente y mucho más claro que una norma expresamente determinara su aplicabilidad a los concesionarios viales de la misma manera que el art. 1769 del nuevo CCC expresamente aclara que los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación.

Dable es puntualizar que si bien con el criterio jurisprudencial más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el vínculo que se establece entre el concesionario vial y el usuario es calificado como una relación de consumo regulada y protegida tanto por el art. 33 de la Constitución Nacional como por la ley 24.240 y sus modificaciones¹⁹, lo cierto es que la ley 24.240 no fue sancionada teniendo en mira particularmente a los concesionarios viales, ni el legislador de 1968 los contempló al reformar el art.1113 del derogado Código Civil, ni tampoco lo hace el nuevo CCC ni de la misma manera las modificaciones que se

¹⁹ CSJN, 7/11/2006, “Pereyra de Bianchi, Isabel del C. c/Provincia de Buenos Aires y otra”, JA fascículo nº 11 del 14/3/2007.

propiciaron y realizaron a la propia ley 24.240 en el Anexo II del de la ley 26.994 de sanción del nuevo CCC.

La muestra se advierte en la extensión de los fallos jurisprudenciales que debieron ocuparse del tema, en los cuales se puede ver que los jueces hacen verdaderos malabares jurídicos para fundamentar su decisión en el caso concreto, y en muchas ocasiones media disparidad de criterios entre los jueces de la misma sala de la cámara de apelaciones.

En tal inteligencia es que el nuevo CCC debería establecerlo, máxime, insisto, la frecuencia con la cual acontecen hechos dañosos en los corredores viales.

Como corolario de lo expuesto, a diferencia de lo que ocurre con el factor subjetivo según expuse, en el campo del factor objetivo ha variado el escenario puesto que en el sistema del derogado Código Civil según el art. 1113, 2° párr., segunda parte, a pesar de que reiteradamente se sostenía que como presunción legal *iuris tantum* invertía la carga de la prueba, afirmación por la cual el damnificado nada tendría que probar, ya que la actividad probatoria se trasladaría al dueño o guardián de la cosa, cuando en realidad no es así, sino que se modifican los hechos a probar –el objeto de la prueba, *qué* se prueba-, toda vez que necesariamente el damnificado debe probar la ocurrencia del hecho dañoso, la participación en él de la cosa, el riesgo o vicio de la cosa –a menos que ello se presuma, como sucede en el caso de los automotores en movimiento-, y, asimismo, la relación de causalidad entre tal participación y los daños sufridos, para que se pueda presumir la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa, mientras que, por su lado, estos últimos para eximirse de responsabilidad debían probar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder, y, según algunos el *casus* –caso fortuito o fuerza mayor-²⁰; según el sistema del nuevo CCC se mantiene inalterado el objeto de prueba para el damnificado conforme el art. 1757, pero ha cambiado respecto del dueño o guardián puesto que de acuerdo a los arts. 1729 y 1731 deberá probar, respectivamente, la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño –a menos que ello

²⁰ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, ps. 610/612; *Las presunciones judiciales y los indicios*, ps. 59/62, 2ª ed. actual. y ampli., Rubinzal-Culzoni, 2006; *Derecho procesal de los accidentes de tránsito*, t. II, ps. 16/19, Rubinzal-Culzoni, 2013; y *Algunas contingencias procesales en los procesos por accidentes de tránsito*, en *Revista de Derecho de Daños*, vol. 2010-1, *Juicio de daños*, ps. 120/122, Rubinzal-Culzoni, 2010.

surja del relato efectuado en la demanda-, o bien la culpa de un tercero por quien no debe responder, pero también que la actitud de este último constituyó un caso fortuito, o sea, que no pudo ser prevista o que pudiendo ser prevista no ha podido ser evitada; o bien según el art. 1730 el caso fortuito –de manera coincidente a lo sostenido por algunos autores y jurisprudencia en el sistema del derogado Código Civil-.

En esta inteligencia, si consideramos que la prueba para destruir total o parcialmente la presunción legal de responsabilidad debe ser categórica y de plena convicción²¹, no hace falta mucho para concluir que en el actual sistema del nuevo CCC la prueba de las eximentes de responsabilidad –al menos la de los arts. 1739 y 1731- no serán lo suficientemente categóricas y de plena convicción para destruir la presunción legal del art. 1757.



²¹ CNCiv., sala E, 23/9/2004, expte. N° 398.124, “Mena Huenchun, Gabriel Alejandro c/Marchionini, Luis María y otro s/Daños y perjuicios”, inédito; ídem, sala K, 27/6/2011, expte. n° 112.153/01, “Casimiro, Anita c/Wainerman, Jaime D. s/Daños y perjuicios”, inédito.