



PROPOSTA ARGENTINA DI UN NUOVO CODICE CIVILE E COMMERCIALE: SPUNTI SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE¹

Fátima YÁÑEZ VIVERO*

Dedicatoria:

*A la Profesora Kemelmajer y al Profesor Lasarte,
mi apreciada Aída, mi querido Carlos,
en testimonio de gratitud por una fructífera relación académica
en la que se engendra esta humilde contribución.*

SUMARIO: **I.** Introducción: el Proyecto argentino de unificación y la necesidad de modificar la responsabilidad civil por daños; **II.** Unificación del tratamiento de la responsabilidad contractual y de la extracontractual; **III.** Funciones de la responsabilidad civil en el Proyecto argentino de unificación: la introducción de una función punitiva; **IV.** Factores de atribución de la responsabilidad civil: el resurgimiento de la “culpa”; **V.** La relación de causalidad; **VI.** Daños resarcibles e indemnización; **VII.** La polémica regulación de la responsabilidad civil del Estado en el Proyecto de 2012; **VIII.** Responsabilidad por el hecho de tercero: la responsabilidad de los padres o guardadores por actos dañosos de sus hijos o personas sujetas a guarda.

I.- En Argentina, por decreto 191/2011, se constituyó una Comisión integrada por tres de los más relevantes juristas del país: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Se les encomendaba el arduo cometido de redactar el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, bajo la presidencia del Dr. Lorenzetti². La Comisión lleva el nombre de “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” y tenía como misión el estudio de las reformas al Código civil y al Código de comercio de la nación necesarias, con el fin de confeccionar un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia titulada “Responsabilidad civil. Título IV del Libro III”, presentada por la autora en la *Sesión Internacional sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino*, celebrada el 7 de febrero de 2013 en el Colegio de Registradores de la Propiedad de España.

² Puede consultarse el texto del Proyecto en la página web <http://www.nuevocodigocivil.com/> así como todo el proceso de debate al que se está sometiendo en Argentina. Fecha de la consulta: 30 de enero de 2014.

* Profesora Titular de Derecho Civil, UNED, España



En el decreto se dejó constancia de que el codificador Vélez Sarsfield ya había previsto la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran y que, durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos civil y comercial de la nación. Se refleja, asimismo, que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas, de las que cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a la legislación argentina de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos. Todas estas circunstancias hacen necesario un proceso de actualización y unificación de la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contenga una serie de principios generales ordenadores.

Es conocido por todos que, en las últimas décadas, se promovieron varios intentos de reforma integral de la Legislación Civil y Comercial, como el caso del Proyecto de Unificación proveniente de la Cámara de Diputados en el año 1987, preparado por una Comisión honoraria integrada por diversas personalidades del ámbito jurídico; asimismo, en el año 1993, la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, integrada también por juristas de renombre, elaboró a su vez otro Proyecto de Unificación. Además, el Poder Ejecutivo Nacional, a través de los Decretos 468/92 y 685/95, creó Comisiones con idéntico fin, sin llegar a lograr el propósito unificador y reformador de la Legislación Civil y Comercial. En consecuencia, se entendió que resultaba necesaria la creación de una Comisión que llevara a cabo con mayor eficacia y eficiencia el objetivo de actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado. Y así desembocamos en este Proyecto de 2012 que fue sancionado por la Cámara alta argentina en la madrugada del 28 de noviembre de 2013, enviándolo a la Cámara baja, tras una extensa jornada que se inició la tarde del miércoles 27 de noviembre de 2013. El debate giró en torno a algunas cuestiones fundamentales, como la responsabilidad del Estado y el momento de inicio de la vida, pero también se discutió el acceso al agua o a la tierra por parte de determinadas comunidades con características particulares, así como cuestiones relativas al matrimonio, a las uniones convivenciales o al divorcio. Antes de que se iniciase la discusión, se había pedido, por parte del partido radicalista, de la oposición, que la norma no se votara a “libro cerrado”, cuestión a la que el kirchnerismo se negó en rotundidad. El proyecto, que consta de más de 2600 artículos e introduce cambios sustanciales que modificarán, sin duda, la vida de los ciudadanos argentinos, entrará en vigencia el 1 de enero de 2016 una vez que la Cámara de Diputados la sancione, previsiblemente, a lo largo de 2014.

Obvias limitaciones de espacio exigen que focalicemos nuestra atención en la materia de la responsabilidad civil regulada dentro del Título V, Capítulo I, en los artículos comprendidos entre el 1708 y el 1780 de este Proyecto de Ley, como presupuesto del examen comparativo que se pretende realizar a lo largo de este trabajo. Porque, también en Europa, vivimos, en el momento presente, un proceso de unificación del derecho privado y,



en concreto, del derecho de la responsabilidad civil que cristaliza en los denominados PETL de 2005 (*Principles of European Tort Law*) y en el *Draft Common Frame Reference* de 2008³.

³ Los *Principles of European Tort Law*, elaborados por el denominado *European Group on Tort Law* durante un período superior a diez años de trabajo, fueron presentados en Viena en mayo de 2005 y representan uno de los resultados más significativos en el ámbito de armonización de la responsabilidad por daños³.

El sistema de responsabilidad civil adoptado por los *Principios* elaborados en el seno del *European Group on Tort Law* es un sistema abierto, en el que no aparece una lista de ilícitos civiles o intereses protegidos cuya infracción genere responsabilidad, como sucede en el *Common Law* o en Alemania. La “norma fundamental” establece que “*La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo*”. Y a continuación, se añade que “*En particular, el daño puede imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo ha causado b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones*” (artículo 1:101). Los criterios de imputación son, pues, tres: la culpa, la responsabilidad objetiva o por riesgo y la responsabilidad por hecho de otro. El texto de los *PETL* puede consultarse en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf> Fecha de la consulta: 30 de septiembre de 2013.

En el ámbito de la culpa extracontractual, los *Principios* han salido del estricto recinto académico y han sido objeto de atención por parte de nuestro Tribunal Supremo, al menos, en tres de sus Sentencias, la de 6 de marzo de 2007, la de 17 de julio de 2007 y la de 10 de octubre de 2007. La primera sentencia y la tercera hacen referencia al estándar de conducta exigible en la supervisión de otros (art. 6:102 *PETL*), en casos, ambas, de responsabilidad del empresario; la segunda, por su parte, se refiere al estándar de conducta exigible en los supuestos de culpa (art. 4:102), permitiendo, junto con otros preceptos del ordenamiento interno, “configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos” e integrar, así, el lacónico contenido del artículo 1902 del Código Civil español.

Los *PETL* podrían convertirse, de este modo, en fuente complementaria de integración de los ordenamientos nacionales.

Además de la iniciativa académica emprendida por el *European Group on Tort Law* en materia de responsabilidad extracontractual, hay que hacer necesaria referencia a otra propuesta académica en esta materia: la del denominado *Draft Common Frame of Reference-DCFR*. Esta propuesta se presentó a comienzos del año 2008 y, en el Libro VI, se recoge la “Non-contractual liability arising out of damage caused to another” que se caracteriza, entre otras cuestiones, por regular extensamente los diferentes “intereses protegidos”, distinguiendo entre daños patrimoniales y no patrimoniales y concediendo una especial relevancia a la indemnización por daños corporales, así como a la indemnización por daño corporal de allegados, daños ecológicos u otros intereses.

Por su parte, el DCFR (Marco Común de Referencia) es una de las claves para la europeización del derecho privado. Según uno de sus grandes impulsores, el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Osnabrück (Alemania), Christian VON BAR, el texto pretende ser una fuente de inspiración para el legislador y para la enseñanza del Derecho en Europa. En el año 2008 se presentó a la Comisión Europea y al debate público un Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) de carácter académico, elaborado por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, e inspirado en los precitados Principios Lando, que parecen experimentar una cierta germanización, desplazándose el derecho contractual hacia el derecho de obligaciones. En el mes de noviembre de 2009 se publicó la edición completa del Proyecto del Marco Común de Referencia formada por seis volúmenes. Pretende ser un conjunto de normas a las que puedan acudir los legisladores y los tribunales – incluidos los de arbitraje – para encontrar una solución comúnmente aceptada para determinado problema. Igualmente, el Proyecto aspira a que las partes de un contrato puedan, si lo desean, incluir su contenido no solo en operaciones transfronterizas sino también en operaciones domésticas. Ahora bien, tras la entrada en vigor del Reglamento Roma I, tanto los Principios Unidroit, como los Principios de Derecho Contractual o su heredero, el Proyecto del Marco Común de Referencia, no pueden ser elegidos como las normas que vayan a



No es necesario tener una fina sensibilidad jurídica para percibir que los problemas al otro lado del Atlántico son similares a los de éste. Alguno de los grandes retos o dilemas que hoy nos brinda el Derecho de Daños, al margen de concretas coordenadas geográficas, serán abordados en las páginas que siguen desde la perspectiva comparatista que nos permite este Proyecto argentino del año 2012.

II Podríamos afirmar, sin grandes vacilaciones, que uno de estos grandes dilemas gira en torno a la unificación de la responsabilidad contractual y de la extracontractual. El Proyecto argentino de 2012 unifica el tratamiento de ambos tipos de responsabilidad, partiendo de que el daño, al margen de dónde provenga, es el centro de referencia del fenómeno resarcitorio. Con esta unidad se unifican los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (por ejemplo, la responsabilidad médica). De otro lado, con un sistema unificado de responsabilidad se resuelve una de las cuestiones más problemáticas del doble sistema de reparación: el de la prescripción de acciones. Los plazos de prescripción son idénticos porque las dos fuentes de la responsabilidad se unifican. Así, el artículo 2560 del Proyecto regula un plazo genérico de prescripción, de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente, como, de hecho, sucede en los casos regulados en el precepto siguiente. El artículo 2561 establece que *“el reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años (...) **El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años**”*⁴.

Se regula, pues, de modo unitario la reparación de cualquier *daño*. La problemática del incumplimiento de la obligación y de su ejecución se regula en el campo de las obligaciones y contratos (Libro III del Proyecto, Título I, artículos 724 y siguientes) y todo lo relativo a la reparación se regula en los artículos 1708 y siguientes del Proyecto. El artículo 1716 del Proyecto de 2012 dice que la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código. La antijuridicidad de una acción u omisión reside en la misma producción de un daño no justificado (art

regir un determinado contrato sino que solamente podrán ser incorporadas en la medida en que las normas sustantivas de cada país lo permitan a través del juego de la autonomía de la voluntad. Y la verdad es que es bastante poco probable que, en la práctica, las partes de un contrato transfronterizo se sometan al Proyecto del Marco Común de Referencia, o a partes concretas del mismo, si este proyecto no se convierte en un texto oficial de la Unión Europea. De ahí la importancia de que deje de ser un mero proyecto y pase a ser un instrumento opcional, una vez reconocido por la Unión Europea. Pero antes de que se dé este significativo paso, los autores del mismo son conscientes de la necesidad de que este texto cale en la doctrina jurídica, en los tribunales y en los legisladores.

El texto del Draft Common Frame of Reference puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf Fecha de la consulta. 30 de septiembre de 2013.

⁴ La negrita es de la autora.



1717). Y un daño está justificado cuando se produce en el ejercicio regular de un derecho, o bien en legítima defensa o para evitar un mal actual o inminente (estado de necesidad) (art. 1718).

La propuesta argentina es ciertamente valiente y digna de todo elogio. Me permito afirmar que es valiente porque en un marco, como el europeo, donde constantemente se “cacarea” la palabra unificación no se ha llegado a un sistema unificado de reparación. Solo muy tímidamente, los *Principios Europeos de Derecho de Daños* incluyen, entre los intereses protegidos, en el artículo 2:102, una referencia a daños de naturaleza contractual, al establecer en su apartado cuarto que “*la protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado*”. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta”.

Existe una tendencia doctrinal en Francia, sustentada, entre otros, por grandes clásicos de la responsabilidad civil, como Geneviève de VINEY, que consideran que los efectos del incumplimiento contractual y los del hecho dañoso deben ser tratados de la misma forma, si bien las reformas legislativas realizadas en Francia parten del *non cumul*, es decir, de la tradicional incompatibilidad entre las acciones contractuales y las extracontractuales⁶. La Proposición de Ley presentada en el senado francés el mes de julio de 2010, partiendo de tal incompatibilidad, propone romperla en caso de daños personales, tanto al co-contratante, al que se le abre la posibilidad de reclamar por la vía extracontractual (art. 1386-17), como al tercero ajeno al contrato, al que si el incumplimiento de una obligación contractual le causa un daño, podrá optar por la acción contractual (art. 1386-18)⁷.

Con todo, es en Argentina donde la unificación experimenta un mayor impulso por parte de la doctrina y jurisprudencia hasta su plasmación legislativa en los proyectos de Código Civil y Comercial, como el que ahora analizamos, convirtiéndose en uno de los principios inspiradores del nuevo derecho de daños⁸. La profesora KEMELMAJER sostuvo de modo muy gráfico, hace ya algún tiempo, que era necesario un régimen de reparación único que regule de la misma manera los daños sufridos por quien va arriba de un bus, por el peatón atropellado por ese bus y por quien pretende subirse a ese bus⁹.

⁵ También la negrita es de la autora.

⁶ Vid. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, en Jacques GHESTIN (Dir.), *Traité de droit civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1995, pág. 278. Para VINEY el concepto de responsabilidad es básicamente el mismo para los dos órdenes desde el momento en que en ambos hay un deber violado (emanado del contrato en un caso y de la ley en el otro) que obliga a reparar el daño, por lo que tanto la responsabilidad contractual como la aquiliana se refieren a la vez a las fuentes y a los efectos de las obligaciones.

⁷ Vid. esta proposición normativa en el enlace web del Senado Francés <http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html> (Fecha de consulta: 31 de enero de 2014).

⁸ Podemos citar, entre otros, a ALTERINI, “Contornos actuales de la responsabilidad civil”, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 360; ó a LORENZETTI, *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa F, Rubiznal-Culzoni, 1997, t. I, pág. 368.

⁹ Vid. “Los dilemas de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, n° 4, 2001, pág. 677.



Y ya en algunos ámbitos, como el de los centros de enseñanza no superior, el artículo 1117 del Código Civil argentino (Ley 24.830) establece la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, sin distinguir entre la responsabilidad contractual (daños sufridos por los menores por un incumplimiento, por ejemplo, de la obligación de seguridad a cargo de los establecimientos educativos) y la responsabilidad extracontractual (daños causados por menores a terceros)¹⁰. Aunque, como nos recuerda PICASSO, el ejemplo más importante de unificación de la responsabilidad civil es el que cristaliza en la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), donde el eje de la regulación no es el contrato sino la relación de consumo, de modo tal que la obligación de seguridad regulada en el artículo 5 de esa Ley a cargo del proveedor rige, incluso, en casos en que no existe contrato, bastando con la existencia de un mero contacto social entre consumidor y empresario; y, por su parte, el artículo 40 del texto normativo citado responsabiliza a todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio riesgoso, sin diferenciar entre responsabilidad contractual y extracontractual, incluyendo, entre otros, tanto al fabricante como al vendedor directo de la cosa o servicio¹¹.

La coexistencia de los dos tipos de responsabilidad puede desencadenar complejos problemas por las consabidas diferencias entre un tipo y otro y por la existencia de varias zonas grises o supuestos dudosos, como el de aquel viajero con billete que se despista y no se baja en la estación para la que había contratado el desplazamiento y sufre daños en el trayecto no contratado; o en los supuestos de transporte por cortesía, donde no es fácil saber si estamos ante responsabilidad contractual o extracontractual¹². Los problemas más delicados se plantean, como casi siempre, en el campo procesal y derivan, en este caso, de la frecuente tendencia a reclamar conjuntamente daños que son efecto propio del incumplimiento contractual, con otros que lo serían de una culpa extracontractual. Como botón de muestra, en España, podemos reflejar el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2008, que declara contractual la relación con la clínica en la que se produjo el parto, mientras que no lo fue la responsabilidad de los médicos que atendieron a la parturienta, con los que no hubo ninguna relación.

En consecuencia, podríamos entender que cuando el daño afecta a personas que no han intervenido en el contrato, es decir, cuando interviene el requisito de la “alteridad”, nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual, mientras que será contractual la responsabilidad cuando entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que

¹⁰ Vid. sobre ello el clarificador trabajo de KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, *La Ley*, 1998-B-1057.

¹¹ Vid. PICASSO, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, *La Ley*, 02/06/2008; y del mismo autor, vid. “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Derecho Privado*. Año I, N°3. Ediciones Infojus (Argentina), p. 33

¹² Vid. DOMÍNGUEZ DUELMO, “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras”, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Editum, 2011, pág. 124.



derivan de dicha relación, incluidos los deberes accesorios de conducta, como el de seguridad o el de información¹³.

En la práctica, el criterio más extendido, no solo en España sino también en la mayor parte de Europa, es el de la concurrencia de acciones, de tal modo que la víctima demandante pueda acumular ambas acciones y ejercitarlas de forma alternativa y subsidiaria - o incluso de forma acumulada - en aquellos casos en que la frontera no aparezca claramente delimitada¹⁴. El problema de permitir que el demandante escoja el fundamento de su acción es que puede escoger un fundamento extracontractual y evadir, así, las limitaciones o, incluso, exclusiones de responsabilidad, que haya aceptado en vía contractual y que entran en las previsiones de su contratante¹⁵.

Considero oportuno traer a escena un caso real, relatado por MONATERI que, a mi juicio, ilustra bastante bien lo que se pretende decir con estas líneas¹⁶. Se trataba de una exhibición aérea con fines publicitarios que tuvo lugar en 1919 entre Milán y Venecia. Los organizadores de tal exhibición habían contratado a varios periodistas que debían acompañar a los pilotos y escribir reportajes sobre el evento. En estos contratos los periodistas habían firmado una cláusula por la que la organización excluía su responsabilidad en caso de accidente. Pues bien, a la altura de Verona uno de los biplanos se precipitó a tierra, falleciendo todos sus ocupantes. Los herederos plantearon una acción civil de indemnización de daños frente a la organización basada en responsabilidad extracontractual. La *Corte D'Apello* de Milán accedió a la indemnización entendiendo que podía apreciarse tanto un incumplimiento contractual como un daño extracontractual. Por el contrario, la *Corte Suprema* casó la sentencia considerando que lo que existía era un incumplimiento dimanante del contrato, y que la existencia de la cláusula de exclusión de la responsabilidad de acuerdo con la distribución de los riesgos que establecieron las partes no se podía dejar de lado acudiendo a las normas sobre responsabilidad extracontractual. La *Corte Suprema* consideró que no podía alterarse el fundamento jurídico de la acción. En definitiva, podría afirmarse que quien después de aceptar en un contrato una determinada forma de distribuir el riesgo y la responsabilidad, acude, luego, para

¹³ Vid. ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL, *Derecho de Daños. Textos y Materiales*, Tirant Lo Blanch, 6ª edición, pág. 53.

¹⁴ Pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1994, 24 de julio de 1998, 27 de octubre de 2005, 30 de marzo de 2006 y 9 de diciembre de 2008.

¹⁵ Así MARTÍN CASALS, “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editum, 2011, pág. 22. Este autor propone, para evitar este resultado fraudulento, limitar la concurrencia de acciones cuando la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual contradiga la finalidad de otras reglas de Derecho Privado, tal como hace el Draft Common Frame of Reference (DCFR) estableciendo expresamente que la responsabilidad extracontractual “no afecta a los remedios existentes con base en otros fundamentos jurídicos” (art.- VI-103 (c) y (d)).

¹⁶ MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam, 1989, págs. 146 y ss.



fundar su demanda a las reglas de la responsabilidad extracontractual, está haciendo algún tipo de trampas en el juego que deben determinar la inadecuación de dicha demanda¹⁷.

Pues bien, parece claro que un sistema unificado de responsabilidad evitaría pleitos en los que las demandas están mal planteadas y pleitos en los que el corsé de la ley procesal de turno no permite alterar por los tribunales la *causa petendi* por incongruencia. Con todo, no resulta tan claro si tal sistema unificado de responsabilidad podría evitar la trampa del que habiendo renunciado en el contrato a exigir determinada responsabilidad por incumplimiento de contrato, luego pretende exigirla bajo la vestidura de la existencia de daños extracontractuales. Se podría evitar, tal vez, este problema con un sistema unificado que regule con exquisita finura cuándo y en qué casos pueden operar las cláusulas de limitación o exclusión de la responsabilidad para evitar esta suerte de fraude. Y en este sentido, el Proyecto argentino de 2012, en el art. 1743, establece que “*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 del deudor o de las personas por las cuales debe responder*”. En consecuencia, una cláusula como la del contrato italiano por la que la empresa quedaba exonerada de responsabilidad en caso de accidente difícilmente se podría hacer valer a la luz del precitado art. 1743, ni tan siquiera en un sistema unificado de reparación de daños como el contemplado en este Proyecto argentino, donde pudiera parecer que ciertas fronteras se diluyen.

No muy lejos de esta solución se encuentra la precitada regla del *Draft Common Frame of Reference* que excluye la aplicación de las normas de la responsabilidad a supuestos regulados por otros sectores del ordenamiento jurídico (art.- VI-103 (c) y (d)). Así pues, las reglas de la responsabilidad civil no deberían poder aplicarse cuando contradigan las reglas de otras ramas del derecho privado.

III. Cuando el daño se produce al patrimonio, en la medida en que nos encontramos ante bienes que tienen un precio, es posible, naturalmente, una indemnización y por eso la función resarcitoria es la fundamental. Sin embargo, cuando el daño se inflige a una persona, la tutela preventiva cobra especial relevancia. Así, por ejemplo, en el ámbito de la protección de los derechos a la intimidad, la tutela preventiva a través, por ejemplo, de la cesación de determinadas conductas o de la publicación de anuncios de rectificación, encuentra uno de sus mejores caldos de cultivo. También reviste relevancia esta función preventiva en los derechos de incidencia colectiva. La prevención es, pues, prioritaria cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente.

El Proyecto argentino de 2012 regula a lo largo de, fundamentalmente, cuatro preceptos la *función preventiva* de la responsabilidad civil. En el art. 1710 se establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella depende de evitar causar un daño no justificado, adoptar las medidas

¹⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. T. V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas, 2011, pág. 227. Ya, anteriormente, en la clásica obra de este autor titulada *Derecho de Daños*, Civitas, 1999, pág. 264, se expresaban estas mismas ideas.



razonables para evitar que se produzca un daño, disminuir su magnitud o no agravar el daño producido. En caso de que una persona haya incurrido en gastos preventivos, es decir, para evitar que se produzca un daño, tiene derecho a que el tercero responsable le reembolse el valor de tales gastos, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. Se regula en el artículo 1711 la acción preventiva cuando se prevé que una acción u omisión antijurídica puede desencadenar un daño, su continuación o agravamiento. En la sentencia que admita tal acción, el juez debe ponderar los criterios de menor restricción posible de la acción dañosa a la hora de establecer las obligaciones de dar, hacer o no hacer que permitan evitar el daño o evitar su agravamiento o continuación (art. 1713).

En el ordenamiento jurídico español, aunque no son frecuentes, podemos encontrar algún ejemplo de indemnización de gastos preventivos en la *Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*, que amplía el concepto de daño nuclear, incluyendo “*el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas*” (apartado sexto del artículo 3.h). En el propio artículo 3 se explica que las medidas preventivas serán todas aquellas razonables adoptadas por cualquier persona después de que haya ocurrido un suceso que cree una amenaza grave e inminente de daño nuclear, para prevenir o reducir al mínimo los daños nucleares mencionados en los apartados 1 a 5 del artículo 3.h).

Y tanto los *PETL* (art. 2:104) como el *DCFR* (art. VI.-6:302) incluyen en el marco de la responsabilidad extracontractual reglas referidas a los gastos preventivos, calificados como “daños” a cuenta de la persona que hubiese sido responsable en caso de haberse producido el daño evitado. También la precitada Propuesta francesa de modificación del derecho de la responsabilidad civil se hace eco, en su artículo 1385, de “*les dépenses exposés pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage*”.

Los gastos preventivos bien podrían constituir un daño patrimonial puro (categoría ésta conocida con la terminología anglosajona de *pure economic loss*) en la medida en que no derivan o no son consecuencia de un daño a las personas ni de un daño a las cosas, cuya indemnización se justifica precisamente para evitar un daño a las personas o a las cosas muy probable y mucho más grave, de modo tal que un gasto preventivo sería razonable y podría estar justificado cuando su importe sea inferior a la probabilidad de producción del daño evitado multiplicada por su magnitud en el caso de que se hubiera llegado a producir¹⁸.

La incorporación a este proyecto normativo de 2012 de la denominada tutela civil inhibitoria, de gran aceptación en la doctrina y jurisprudencia argentinas, constituye un importante avance en materia de prevención de daños, una de las cuestiones medulares en un moderno Derecho de Daños¹⁹. En Argentina podemos encontrar, incluso, sentencias en las que el juez ordena medidas preventivas aunque no se hayan pedido por ninguna de las partes, lo cual plantea, *ab initio*,

¹⁸ Vid., en este sentido, MARTÍN CASALS, “La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual”, *cit.*, págs. 23-24.

¹⁹ Destaca, en Argentina, el trabajo de LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, *La Ley*, 1995-C, págs. 1218 y ss.



un problema de vulneración del principio procesal de congruencia. Este fue el caso resuelto por un tribunal federal, que nos relata la profesora KEMELMAJER, en el que una niña cayó en un pozo ubicado en un terrero transitado frecuentemente por niños²⁰. El pozo no estaba ni cercado ni custodiado y los padres de la víctima menor de edad ejercitaron la correspondiente acción para la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su hija. El juez condenó al propietario del terreno y al Ejército argentino a pagar los daños y perjuicios y también lo condenó a cercar el pozo para que ningún otro niño cayera en él en el futuro pese a que no se había solicitado expresamente.

Afín a la tutela preventiva se encuentra la denominada *tutela anticipatoria*. Recuerda KEMELMAJER que la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha admitido esta *tutela anticipatoria* en un caso en el que un obrero perdió un brazo trabajando con una máquina e inició un juicio contra la patronal. Sostenía que la máquina con la que trabajaba era defectuosa y solicitaba indemnización de todos los daños y perjuicios. Lo novedoso de este asunto era que el trabajador solicitaba que su pretensión relativa al brazo ortopédico se cumpliera al inicio del juicio para poder comenzar a trabajar, aunque el resto del dinero se determinara en la sentencia. La Corte Suprema argentina aceptó la petición a través de la denominada *tutela anticipatoria* y condenó a la empresa demandada a colocar el brazo ortopédico anticipadamente. La decisión parece razonable porque de poco le servirá a un obrero recibir un brazo después de ocho años y, además, la anticipación de esta partida indemnizatoria reduce la responsabilidad de la patronal porque si el obrero cuenta con el brazo podrá trabajar y disminuirá el lucro cesante a cargo de la empresa demandada²¹.

Con todo, en el período de debate parlamentario en Argentina, la Comisión bicameral propuso unos cambios que están en fase de discusión y que neutralizan notablemente la función preventiva de la responsabilidad civil. De un lado, se entiende que la acción preventiva prevista en el artículo 1711 puede provocar una innumerable cantidad de abusos y de trabas a la actividad económica, especialmente por la ausencia de todo recaudo o contracautela exigible a quien la solicita. Para remediar las situaciones a las que, aparentemente, apunta esta norma, todos los códigos procesales contemplan la existencia de medidas cautelares, que han demostrado sobradamente su eficacia. En consecuencia, se propone la supresión de este artículo. De otro lado, se considera que la amplísima e injustificada legitimación activa prevista en el artículo 1712 agrava mucho más las posibles consecuencias dañosas del anterior artículo 1711 del proyecto y, por ello, se propone también la supresión del 1712²². En definitiva, se atempera, manteniéndola, la función preventiva del derecho de daños argentino.

²⁰ *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Los dilemas de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, n° 4, pág. 675.

²¹ *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Los dilemas de la responsabilidad civil”, *cit.*, pág. 675.

²² *Vid.* el siguiente enlace para consultar el Dictamen de la Comisión Bicameral emitido el 20 de noviembre de 2013,

http://www.casi.com.ar/sites/default/files/17641%20n.892%2020%2011%202013%20Dictamen%20Com%20Bicameral_1.pdf

Fecha de consulta: 3 de febrero de 2014.



A la luz de lo anteriormente expuesto resultan, pues, plenamente justificadas en el Proyecto argentino las funciones resarcitoria y preventiva del Derecho de Daños, si bien uno de los grandes interrogantes que hoy nos brinda este sector del ordenamiento es el de si, además, la responsabilidad puede tener una función punitiva, sancionadora, de castigo, para disuadir futuras conductas lesivas. Son los denominados *punitive damages* o *exemplary damages*²³. Actualmente, existen estos *daños punitivos* en Quebec, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia, aunque es en Estados Unidos donde la figura tiene una expansión que roza, a veces, lo absurdo y lo escandaloso y que pone en tela de juicio una aplicación indiscriminada de los *daños punitivos*; traducción ésta, de *punitive damages* bastante equívoca, por cierto, porque el daño se repara y no tiene en sí función punitiva y, por otro lado, la sanción no tiene que ver con el daño sufrido sino con la conducta del causante del daño.

Los veredictos multimillonarios de *punitive damages* suelen ser objeto de mucha atención por parte de los medios de comunicación, especialmente cuando afectan a grandes compañías acusadas de realizar unos análisis de costes y beneficios que hieren la vista de cualquier ciudadano medio²⁴.

Probablemente, el caso más famoso que da origen a una condena de *punitive damages* es el caso McDonalds (1994). La demandante era una mujer de 79 años, Stella Leibeck, que pidió una taza (con tapa) de café de 49 centavos en la ventanilla para conductores de un restaurante de la cadena McDonalds. La señora Leibeck colocó la taza de café entre sus rodillas, levantó la tapa del envase y al llevar a cabo esta acción derramó sobre sus muslos todo el contenido del envase. Stella Leibeck llevaba un pantalón de chándal que absorbió el café (muy caliente) de modo tal que quedaron abrasados sus muslos, nalgas e ingles. La víctima fue llevada al hospital donde se determinó que

²³ Una de las clásicas definiciones de daños punitivos es la ofrecida por PROSSER, en el año 1971, y reflejada por SALVADOR CODERCH (“Punitive damages”, en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 4, 2000, pág. 139), según la cual, los *punitive damages* «are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him not to do again, and of deterring others from following his example»

²⁴ Nos relata SALVADOR CODERCH (“Punitive damages”, *cit.*, pág. 144) casos como el de General Motors. A inicios del verano de 1999, un jurado de California dictó un veredicto en concepto de *punitive damages* por importe de 4,9 millardos de dólares estadounidenses contra General Motors. En el día de Nochebuena de 1993, Patricia Anderson y dos familiares suyos sufrieron horribles quemaduras en más del 60 por 100 del cuerpo al colisionar e incendiarse su *Chevrolet Malibu*, un viejo modelo, cuyo depósito de gasolina estaba situado muy próximo al parachoques trasero. La indemnización compensatoria importaba 107 millones de dólares, 47 veces inferior a la anterior (*The Economist*, July 17th 1999, p. 14). El debate procesal se centró en un estudio coste-beneficio realizado en 1973 por Edward Ivey, un ingeniero de GM, en el cual, tras haber asignado un valor de 200.000 dólares a cada vida humana, se llegaba a la conclusión de que costaría únicamente 2,40 dólares transigir los casos de accidente, pero 8,59 dólares modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina. La compañía reconoció la autenticidad del documento, pero negó que su contenido hubiera sido compartido por los colegas de Ivey. No se permitió a los abogados de la compañía demandada informar al jurado sobre la circunstancia de que el conductor del otro automóvil involucrado en la colisión estaba ebrio en el momento del accidente –algo probablemente irrelevante en un litigio cuyo objeto era la seguridad pasiva del diseño del *Malibu*– ni sobre las estadísticas de accidentes sufridos por el modelo en cuestión –una información que venía ciertamente al caso–. El veredicto del jurado –Némesis de los expertos en análisis coste-beneficio, en particular, y de los cultores del *Law & Economics* en general– manifiesta un aspecto consustancial a la cultura de las condenas a pagar elevados *punitive damages*: los veredictos expresan disgusto y horror en grados sumos, dice SALVADOR CODERCH, *ibidem*.



había sufrido heridas de tercer grado en el 6% de su piel y quemaduras de menor importancia en un 16%. La señora Leibeck demandó a la compañía McDonalds alegando grave negligencia y manifestando que su forma de vender el café era “irrazonablemente peligrosa”. El abogado de la demandante sostuvo que McDonalds servía el café a temperaturas entre 180 y 190 grados Fahrenheit. A este nivel, esta bebida podría causar quemaduras de tercer grado en menos de diez segundos. Morgan Reed, el abogado, también reveló durante el proceso que entre 1982 y 1992, McDonalds recibió cerca de 700 quejas de gente que sufría quemaduras con el café y que se habían celebrado acuerdos extrajudiciales por quemaduras con esta compañía por un montante superior a 500.000 dólares²⁵.

En agosto de 1994, un jurado de Nuevo México, aplicando el principio de “culpa comparada”, declaró que la compañía era responsable en un 80 % del incidente y concedió a la víctima, Señora Leibeck, una indemnización de 160.000 dólares en concepto de daños compensatorios. Pero, además, el jurado del caso concedió la nada desdeñable cifra de 2,7 millones de dólares en concepto de punitive damages. El juez redujo la condena a 480.000 dólares, tres veces el montante de los daños compensatorios. La sentencia fue apelada tanto por McDonalds como por Stella Leibeck aunque, sin esperar al resultado del pleito, las partes llegaron a un arreglo amistoso por una cantidad desconocida para terceros pero parece que inferior a 600.000 dólares.

En contraposición al caso del café de McDonalds que puede causar cierta perplejidad por lo desorbitado de las indemnizaciones punitivas, nos encontramos con otros, como el BMW versus Ira Gore, que contribuye en buena medida a clarificar la posición que deberían adoptar los tribunales ante este tipo de sanciones. La compañía automovilística BMW exportaba vehículos desde Alemania a Estados Unidos teniendo por norma que si el vehículo llegaba al país de importación con daños insignificantes que no alcanzaban el 3 por ciento del total del vehículo, se subsanaban y salían al mercado. Uno de esos vehículos cayó en manos de un comprador que lo llevó al taller de reparación. En el taller le informaron de que la pintura de su coche no era la original, sino que se había pintado sobre ella. El comprador demanda a BMW en un juicio con jurado en el que se impuso a la empresa 4 millones de dólares, en concepto de daños punitivos, por no haber informado al consumidor del hecho de que se habían tapado las pequeñas rayas con las que el coche llegó a los Estados Unidos. El caso, tras la correspondiente defensa orquestada por BMW, llegó a la Corte suprema norteamericana, donde por 5 votos contra 4 resolvió que es inconstitucional por violación de la cláusula del “due process” prevista en la Constitución, una condena punitiva que, a la luz de los legítimos intereses de la punición y de la prevención perseguida por el Estado, resulta gravemente desproporcionada con relación a la reprobación de la conducta del autor, a la entidad

²⁵ Se ha utilizado, como fuente, para relatar este caso, la proporcionada por http://en.wikipedia.org/wiki/Liebeck_v._McDonald's_Restaurants
Fecha de consulta: 15 de febrero de 2014.

Igualmente, el caso aparece relatado con todo lujo de detalles en los principales estudios sobre daños punitivos, como el reciente, en España, de DE ANGEL YAGÚEZ, *cit.*, págs. 38 y ss.



del daño y a las sanciones civiles admitidas para ilícitos análogos”²⁶. El valor de este pronunciamiento judicial norteamericano reside en reconocer la constitucionalidad de los daños punitivos por el papel preventivo que tienen de cara al futuro y la inconstitucionalidad de la desproporción de la cuantía fijada en concepto de daños punitivos.

¿Tiene, en Argentina, acogida en este Proyecto de unificación, la función punitiva de la responsabilidad civil? Sí, bajo la eufemística etiqueta de “sanción pecuniaria disuasiva”. La referencia a la naturaleza penal que se desprende del término “sanción” se neutraliza con el suave eufemismo de “pecuniaria disuasiva”. La regulación de la función punitiva ha sido muy controvertida en la doctrina argentina y aun los más entusiastas de la introducción de los daños punitivos en Argentina consideran que este tipo de condenas deben quedar reservadas para daños de fuerte impacto social²⁷. Ya en Argentina se venía aplicando la función punitiva en el ámbito del derecho de consumo, a través de una multa civil a favor del consumidor, a petición de parte, que se exige a los proveedores, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso (art. 52 bis de la Ley 24.240 de Defensa de Consumidores y Usuarios). Y en los casos de los denominados derechos de incidencia colectiva, se observa fácilmente una especie de tragedia de los bienes comunes, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos y es por ello un ámbito propicio para aplicar sanciones civiles o daños punitivos²⁸. Es solo ahí donde la responsabilidad tendría justificada esa función: casos de discriminación, productos defectuosos, difamación, daños ecológicos....

En los diversos ordenamientos nacionales europeos se aprecia una repugnancia generalizada a este tipo de condenas basándose, fundamentalmente, en el argumento de que se estaría imponiendo una pena sin los requisitos y garantías propios de un proceso penal o de uno administrativo, pudiendo ser contraria a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE y art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)²⁹. Es cierto que si los llamados daños punitivos están contemplados en una ley, como pudiera ocurrir en el caso, por ejemplo, de ese precepto de una ley laboral española que establece un recargo al empresario que ha ocasionado un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), se sortea el obstáculo del artículo 25.1 C.E, según el cual nadie puede ser condenado por una

²⁶ Vid. un excelente relato de este caso en KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Los dilemas de la responsabilidad civil”, *cit.*, pág. 679.

²⁷ Vid. esta polémica en KEMELMAJER DE CARLUCCI, “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos en el Derecho argentino”, *Anales Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXVIII, n° 31, Buenos Aires, 1993, págs. 26-27.

²⁸ Vid. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, en los siguientes enlaces http://www.infojus.gov.ar/libros/ld00003-szarangowicz-proyecto_codigo_civil_comercial.htm?1#
<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
Fecha de Consulta: 3 de febrero de 2014.

²⁹ Contrarios a la introducción de los daños punitivos en nuestro ordenamiento son, por ejemplo, SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, 1997, pág. 12. Para un estudio en profundidad sobre esta materia, puede verse la exhaustiva monografía sobre la figura en el derecho europeo y en el derecho internacional privado, de DE ANGEL YAGÜEZ, *Daños punitivos*, Civitas, 2012, págs. 41 y ss.



acción u omisión que en el momento de cometerse no estuviera cualificada por el ordenamiento jurídico como acto sancionable. Son vías sutiles de entrada en los ordenamientos jurídicos de indemnizaciones que no compensan sino que tienen una clara naturaleza sancionadora.

Con todo, la propuesta europea que más se aleja de esta tradición continental que rechaza los daños punitivos, es la francesa de reforma de todo su sistema de responsabilidad extracontractual, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, que introduce en el art. 1386-25 los *dommages e interets punitifs*, aunque no tienen una función sancionadora, de castigo o reproche a la conducta del demandado, sino de mera absorción de ganancias; y ya sabemos que no es eso lo que persiguen los punitives damages³⁰. En fin, puestos a importar de Estados Unidos, habría que importar mejor de lo que importa la Propuesta francesa, y seguir la estela del art. 1714 del Proyecto argentino donde queda claro el rol de reproche social de la sanción pecuniaria ahí regulada.

La sanción pecuniaria disuasiva es la denominada función punitiva de la responsabilidad civil. Son dos los preceptos que en el Proyecto argentino de 2012 condensan esta función. El primero y fundamental, art. 1714, establece que 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. Legitimados para pedirla están todos los que pueden defender estos derechos (asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias y la sociedad civil en su conjunto). La cuantía se fija prudencialmente, teniendo en cuenta

- las circunstancias del caso,
- la gravedad de la conducta del sancionado,
- su repercusión social,
- 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.

En los casos de derechos de incidencia colectiva, se observa fácilmente - como ya hemos dicho - una especie de tragedia de los bienes comunes, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos y por ello es un ámbito propicio para aplicar sanciones civiles o daños punitivos y es ahí donde, de modo exclusivo, la responsabilidad civil alcanza esta función en el nuevo Proyecto de unificación civil y comercial argentino.

Las sanciones que se impongan en los ámbitos expresamente establecidos por la ley tendrán, de acuerdo con este Proyecto, el destino que el juez determine, lo cual constituye una importante novedad con relación a la figura hoy regulada en el derecho del consumo, donde el importe de la sanción va a parar al patrimonio del consumidor dañado.

La Comisión Bicameral, en el debate parlamentario de este Proyecto reflejado en un informe publicado en noviembre de 2013, entendió que el artículo 1714 (Sanción Pecuniaria Disuasiva), tal

³⁰ *Vid* MARTÍN CASALS, *op. cit.*, págs. 26 y ss.



como está redactado, consagra una atribución excesiva de los jueces que podría dar lugar a excesos injustificables. Además, debe tenerse presente que los "derechos de incidencia colectiva" no están definidos en el proyecto, lo que agrega vaguedad e imprecisión a la norma, según esta Comisión. Por otra parte, las categorías con que se califica la conducta, a los fines de atribuir responsabilidad civil, en nuestras leyes, jurisprudencia y doctrina, han sido y son siempre dos: el dolo y la culpa (que en algunos casos permite distinguir entre culpa leve y culpa grave). La expresión "grave menosprecio" que contiene el artículo no existe en el patrimonio lingüístico de Argentina y agrega mayor imprecisión aun a la norma proyectada. Parece conveniente suprimir el artículo o redactarlo de manera mucho más precisa, certera y limitada, en la opinión de la citada Comisión Bicameral. Y similar corrección habría que hacer al artículo 52 bis de la ley 24.240, según este informe de la Comisión, incluido entre la legislación complementaria del proyecto³¹.

En definitiva, no parece resultar sencilla la tarea de incorporar a un ordenamiento jurídico la función punitiva de la responsabilidad civil. El Reglamento de Roma II, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, consciente de lo delicado de la cuestión se muestra respetuoso con aquellos ordenamientos que han decidido incluir los punitivos damages en alguno de sus cuerpos normativos y, así, el considerando ³² de este Reglamento establece que cuestiones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y del ordenamiento jurídico del Estado (...) considerarse contraria al orden público del foro³². Reparemos en el importante detalle de que el Reglamento dice puede y no debe, de lo que se deduce que en ciertas circunstancias las sanciones o indemnizaciones de naturaleza punitiva pudieran estar perfectamente legitimadas.

Y en el futuro de la unificación del Derecho Privado en Europa, los proyectos europeos en este concreto sector del derecho de daños no acogen en su articulado ninguna norma sobre punitivos damages. En el caso del DCFR (Libro VI titulado Non-contractual liability arising out of damage caused to another), el artículo VI.-6:101 excluye la figura de los daños punitivos en la medida en que se regula exclusivamente la función reparadora de la responsabilidad; y en el comentario a ese precepto se dice que tales sanciones quedan reservadas para el derecho criminal y que no son congruentes con el principio de reparación que gobierna el sistema de responsabilidad regulado en el DCFR³³.

³¹ *Vid.* el siguiente enlace para consultar el Dictamen de la Comisión Bicameral emitido el 20 de noviembre de 2013, http://www.casi.com.ar/sites/default/files/17641%20n.892%2020%2011%202013%20Dictamen%20Com%20Bicameral_1.pdf

Fecha de consulta: 3 de febrero de 2014.

³² La negrita empleada en la transcripción del precepto es de la autora.

³³ "No punitive damages. The punishment of wrongdoers is a question for criminal law, not private law. Under these model rules, punitive damages are not available. They are not consistent with the principle of reparation". Vid. DE ANGEL, *Daños punitivos, cit.*, pág. 219.



Menos transparente resulta, a mi juicio, la posición adoptada por el European Group on Tort Law que cristaliza en los PETL. Se ha dicho que este Grupo tenía claro que los Principios no permiten daños punitivos en absoluto porque están al parecer siempre fuera de toda proporción en relación con la pérdida real de la víctima³⁴. Ello podría significar que sí se permitirían aquéllos que no sean desproporcionados con respecto a la pérdida real de la víctima. De otro lado, el apartado segundo del artículo 10:301 regula la mayor o menor gravedad de la culpa del agente para cuantificar los damages. Dice tal regla que “en general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”. ¿No se estará abriendo una compuerta, siquiera sutil, a las indemnizaciones punitivas a través de una norma como ésta? Estoy de acuerdo con ROGERS, el comentarista de esta norma dentro de los PETL, cuando afirma que podría darse “una cierta deriva hacia la sanción”³⁵ y no por ello quedan deslegitimadas estas indemnizaciones, especialmente cuando lo que se pretende es satisfacer - y no solo reparar- a quien ha sufrido un daño moral importante.

IV. Ya sabemos que los avances científico tecnológicos han producido una fuerte expansión de la responsabilidad objetiva. Igualmente, el moderno Derecho de Daños se ha convertido en un sistema de aseguramiento en el que la víctima debe siempre ser resarcida; forzándose de tal manera los requisitos para hacer surgir la obligación de resarcir que la víctima debe demandar al más solvente, siempre que tenga una mínima conexión con el daño, con independencia de quién lo haya cometido realmente. Ante este panorama la cuestión que surge es la de si hoy tiene sentido la culpa como factor de atribución.

Creo que no me equivoco si afirmo que tampoco la responsabilidad civil se escapa del movimiento pendular que afecta a la historia y a todo lo adyacente a ella. Que la culpa (entendida como conducta que se aparta del canon del reasonable man, término, por cierto, menos sexista que el del “buen padre de familia”) haya dejado de ser el único o el principal motor que ponía en funcionamiento el mecanismo de la responsabilidad civil no significa que haya quedado completamente eclipsada. La culpa se resiste a morir como fundamento de la responsabilidad y en los procesos de unificación del Derecho de Daños llevados a cabo en Europa sigue siendo un factor importante de atribución. Los modernos planteamientos de los grupos internacionales, como el Restatement of Torts, del American Law Institute, el de los PETL y el del DCFR que ya hemos mencionado, vuelven al sistema original de la responsabilidad con base en la culpa que va a convivir con los supuestos concretos de responsabilidad objetiva en casos ya conocidos de anormal

³⁴ Así KOZIOL, “Punitive damages: Admission into the Seventh Legal Heaven of Eternal Damnation?”, en *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, pág. 287.

³⁵ *Vid.* ROGERS, en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, del European Group on Tort Law, Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, Ed. Aranzadi, 2008, págs. 231 y ss.



peligrosidad de la actividad, o en situaciones de riesgo creados por la cosa o actividad en cuestión. En definitiva, lo de siempre en macetas nuevas.

Y algo similar sucede en el nuevo Proyecto argentino de Código Civil y Comercial. “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”, establece el artículo 1721 del Proyecto. Los factores subjetivos son la culpa y el dolo, como expresamente establece el art. 1724 del Proyecto argentino. El dolo consiste en la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Y la culpa es la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. La culpa se define en los mismos términos que lo hace el Código Civil argentino (artículo 512), estableciendo que la existencia de culpa se realizará en base a un parámetro circunstanciado de comparación de la conducta de quien se atribuye el daño con un criterio medio de conducta, en el que no se consideran las condiciones especiales o facultades intelectuales del agente.

El Proyecto argentino introduce una importante norma sobre valoración de la conducta que no deja fuera de la culpa la actuación diligente de menores o de personas con discapacidad psíquica, estableciendo que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725), de modo tal que habrá que adaptar el estándar de diligencia a la actuación propia de los menores o personas con discapacidad. Sin embargo, no es esto lo que se deduce de la regla tercera del propio artículo 1725, al decir que “para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes”. Pudiera haber una cierta contradicción entre ambas reglas ya que no tiene sentido exigir una mayor diligencia a quien tenga deber de obrar con mayor prudencia y, luego, decir que no se tendrán en cuenta las circunstancias especiales o intelectuales de las personas. Es posible que haya que interpretar que los parámetros de agravamiento de la culpa derivados del mayor poder de previsión y de la confianza especial en ciertos contratos constituyen las únicas excepciones de la noción de culpa objetivada que regula el Proyecto argentino de 2012.

La concepción que de la culpa tiene el Proyecto argentino de 2012 no se aleja demasiado de la percepción que de la misma tienen los PETL. El artículo primero de los Principios enuncia la denominada “norma fundamental”, según la cual, “(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo”. La cuestión que surge, a renglón seguido, es concretar cuándo se puede imputar jurídicamente el daño sufrido por un tercero. A ello responde el segundo inciso de la norma, estableciendo lo siguiente: “(2) En particular, el daño puede imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”.

Interesa, ahora, destacar la letra a), dentro de los diversos supuestos de imputación del daño. La conducta culposa (conduct constituting fault) aparece como el primer criterio de imputación del daño y, en consecuencia, de la responsabilidad civil. Pero, ¿en qué consiste la “conducta culposa”



según los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil? El artículo 4:101 se limita a establecer que “una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”. Naturalmente, el paso siguiente será el de definir el significado y alcance de ese estándar de conducta exigible (required standard of conduct). El artículo 4:102 establece, como principio general, que “(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos”.

Ahora bien, ese estándar “medio” de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias parece, según MARTÍN-CASALS, que puede variar y adaptarse, pero no a las características individuales de la persona responsable sino a la categoría de personas que ella representa³⁶.

Además de esta flexibilización del criterio general, el Derecho europeo de la responsabilidad civil se ocupa de establecer algunas excepciones a ese estándar de conducta exigible, disponiendo que “(2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla”. Con ello se persigue - como se ha señalado - “evitar la dureza excesiva que comportaría la valoración de la conducta de una persona de acuerdo con el estándar de conducta exigible cuando resulta evidente que quienes se hallan en su misma situación no pueden en modo alguno adaptar su conducta al mismo”³⁷.

En una versión inicial de estos Principios, las personas que debido a su edad o a sus deficiencias físicas o psíquicas probasen que no podía esperarse que adaptasen su conducta a ese estándar medio, quedaban relevadas de responsabilidad civil³⁸. Reproducimos, a continuación, las palabras de WIDMER reflejando esta transformación: “Desde los primeros debates, la mayoría del Grupo se

³⁶ Vid. “Líneas generales de los *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*”, 2005, en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/MiquelMartinPrincipios.pdf> pág. 12. Vid., en idéntico sentido, del mismo autor, “Una primera aproximación a los *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*”, en *Revista Indret* 2/2005, pág. 12. El citado autor ilustra su opinión con la comparación entre el estándar exigido a un médico generalista y el exigido al cirujano especializado en la rama médica relevante en el caso concreto. Igualmente, cambiará el estándar, según este autor, en el caso del arquitecto que realiza obras en una casa y el que es exigible a una persona corriente que lleva a cabo un cierto remiendo en una casa.

³⁷ Vid. MARTÍN-CASALS, “Líneas generales de los *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*”, 2005, en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/MiquelMartinPrincipios.pdf>, pág. 13. También, en “Una primera aproximación ...”, *Indret*, *ibidem*.

³⁸ Vid. MARTÍN-CASALS, “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil”, 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002, en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>, pág. 16.



mostró a favor de un concepto objetivo de “culpa”, que también se corresponde con la perspectiva del Common Law, así como con la noción de “culpa” francesa u holandesa, sin llegar al extremo de declarar irrelevante la capacidad de discernimiento para establecer la culpa (art. 489.2 Code Civil, cuyo contenido lo absorbe el nuevo 414-3, y en el derecho holandés, el art. 6:165 párrafo 1 Código Civil). Solo en un estadio posterior de los debates, se aceptó –a propuesta de la minoría, que había defendido una aproximación más subjetiva– introducir una disposición que permitiría tener en cuenta ciertas condiciones y características individuales del causante del daño, al menos bajo circunstancias excepcionales (art. 4:102)”³⁹.

El cambio, como puede apreciarse, es sustancial: de exonerar de responsabilidad a estas personas por no poder adaptarse a un estándar medio de conducta, se pasa a adaptar y flexibilizar ese estándar medio de conducta a las circunstancias de esas personas, de modo que pueda llegarse a considerarlas responsables de sus daños. Queda, pues, al arbitrio del juez, la facultad de apreciar si la persona que se encuentra en esas particulares circunstancias ha causado un daño que vulnera el estándar de conducta a él exigible, y no el exigible con carácter general. En otros términos: la conducta de la persona que sufre un trastorno psíquico incapacitante podría ser considerada culposa en circunstancias en las que una persona que no sufre ese trastorno se hubiese comportado de modo diverso, sin causar daño alguno⁴⁰.

El espejo de conducta no es, por tanto, el de una persona “normal” que pueda cumplir el estándar de conducta exigible a una “persona razonable” que se halle en sus mismas circunstancias, sino el de una persona que presente unas características similares, sea o no “razonable”, porque en estos casos, el raciocinio o capacidad del sujeto queda al margen⁴¹.

Según MARTÍN-CASALS, los Principios consagran una noción de culpa objetiva, entendida ésta como conducta antijurídica, pero sin prescindir “de elementos subjetivos, propios de toda noción de culpa, al permitir, como excepción, que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas (como por ejemplo, la edad o la discapacidad física o psíquica) que justifiquen en un determinado grupo de sujetos esa desviación del estándar de conducta exigible”⁴². Así, por ejemplo, en materia de daños causados por menores de edad, MARTÍN-CASALS señala que los Principios adoptan un criterio flexible, como el seguido por el Derecho español, que permite adaptar el estándar al que puede ser exigible al menor causante del daño, cuando lo más apropiado hubiera sido adaptarlo a la conducta exigible a menores de la misma edad⁴³.

³⁹ *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 107-108.

⁴⁰ Así se expuso por la autora de este trabajo en una monografía titulada *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz: un análisis en el marco del derecho europeo de daños*, Aranzadi. Colección Monografías Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 2009, págs. 61 y siguientes.

⁴¹ Igualmente, en *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit, *ibidem*.

⁴² *Vid.* MARTÍN-CASALS, “Líneas generales de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, cit., 2005, pág. 8.

⁴³ *Op. cit.*, pág. 13. El autor critica el criterio adoptado en este punto por los Principios porque “el hecho de que deba tenerse en cuenta la capacidad de entender y querer, o el desarrollo mental concreto del menor individual sin tomarse como referencia la que es usual en los menores de su misma edad puede dar lugar, como ha



Idéntico criterio - el de la valoración individual de la persona y no del grupo con características similares - parece que habrá de aplicarse, igualmente, a los sujetos que padezcan alguna discapacidad psíquica. Y también en este caso sería un error, bajo mi punto de vista, descender a las características concretas del sujeto. Ello complicaría enormemente el sistema y supondría una equiparación o equivalencia entre culpa y capacidad del sujeto que eclipsaría la importancia de la primera y su absoluta autonomía respecto a la segunda. Por tanto, el estándar exigible a estas personas debería ser un estándar adaptado a las peculiaridades, pero no de cada una de ellas, sino del conjunto al que pertenecen.

Por ello, entiendo que los Principios, más que consagrar un criterio objetivo de culpa atemperado por “elementos subjetivos”, reflejan una culpa subjetiva objetivada, es decir, adaptada a determinados estándares de conducta en función de circunstancias de edad, discapacidad física o psíquica, pero fijadas de modo genérico. En otras palabras: lo que se debería tener en cuenta no son las circunstancias concretas y particulares del sujeto que ha causado el daño, sino las características del grupo de individuos a los que pertenece el sujeto. Allí donde los Principios dicen que el estándar puede adaptarse cuando, debido a determinadas circunstancias, no sea exigible que la persona lo cumpla, debería interpretarse - en lugar de la persona - el grupo o tipología de personas al que el agente del daño pertenece.

La tendencia predominante en los ordenamientos jurídicos de los países europeos es la de la objetivización de la culpa. Una reforma del Code Civil francés llevada a cabo en el año 1968 consagra, en su artículo 489-2, la plena obligación de las personas que sufren un trastorno psíquico a reparar los daños originados a terceros. Ello fue interpretado por un importante sector doctrinal como la plasmación de una noción objetiva de culpa, en el sentido en que ésta era concebida como un error o desviación de conducta al margen de las características subjetivas del sujeto en cuestión⁴⁴.

En los ordenamientos español e italiano el estándar objetivo de culpa lo constituye el parámetro del “buen padre de familia”. Sin embargo, esta diligencia del “hombre medio” se pone en tela de juicio en muchos casos y se habla, como ya hemos visto, de una culpa apreciable según un canon objetivo- típico⁴⁵, o también de *variazioni soggettive dello standard*⁴⁶.

sucedido en el Derecho norteamericano, a la grotesca situación de padres que practican toda clase de pruebas para demostrar la peculiar cordedad de luces de sus hijos en relación con los de sus vecinos y a penalizar precisamente a las familias que han aplicado más celo en la formación y desarrollo de su hijo que otras”.

⁴⁴ *Vid.* VINEY, en *Traité de Droit Civil* (dir. por GHESTIN). *Les obligations. La responsabilité: conditions*. Librairie générale de Droit e Jurisprudence, Paris, 1982, pág. 530 y ss.

⁴⁵ *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Voz* “Culpa”, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Vol. II, Civitas, 1995, pág 1864.

⁴⁶ *Vid.* BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Cedam, 1991, pág. 27 y ss. También en Italia, MORELLO (“La concezione civilistica della colpevolezza e l’persistenzializzazione del diritto privato. Ovvero: l’insostenibile leggerezza del buon padre di famiglia”, www.personaedanno.it 22/10/2006) sostiene que “la rilevanza della persona in quanto tale, con i suoi limiti e le sue debolezze dovrebbe, a mio avviso, portare ad un totale e radicale abbandono di tale metro di giudizio (...). Non c’è più un solo modello cui riferirsi, ma esistono tanti modelli quanti sono i casi di cui si tratta. Del



Esta “subjetivización” del parámetro objetivo no significa que quien, por determinadas características o circunstancias subjetivas, no pueda cumplir ese canon medio, vaya a quedar excluido de culpa y, por tanto, de responsabilidad. La “subjetivización” del canon objetivo se traduce en una adaptación o modulación de ese canon a determinados grupos de personas a las que, por estar por encima o por debajo de la media, no se les puede medir según el metro del reasonable man, sino a través de uno especialmente acoplado a sus circunstancias. Ello es lo que parecen perseguir los Principles on European Tort Law, inclinándose, de este modo, hacia una solución intermedia entre la culpa objetiva y la subjetiva.

Respecto a los factores objetivos de responsabilidad, el artículo 1722 del proyecto argentino establece que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir la responsabilidad. Son, fundamentalmente, los casos de una cosa “riesgosa” y una actividad “riesgosa”. Y en el ámbito contractual, cuando la obligación es de resultado, la responsabilidad es también objetiva (art. 1723). Las eximentes de responsabilidad (en los casos de imputación objetiva) son el hecho (y no la culpa) de la víctima, el hecho (y no la culpa) del tercero, el caso fortuito, la ruptura o interrupción de la relación de causalidad y la imposibilidad de cumplimiento (en el caso de contratos). La eximente de responsabilidad en los casos de imputación subjetiva (aun cuando la ley presuma la culpa) es la demostración de la falta de culpa.

En los sistemas del Common Law y en Alemania rige un sistema cerrado de ilícitos civiles e intereses protegidos cuya infracción genera responsabilidad. Este es también, en líneas fundamentales, el sistema adoptado por el Draft Common Frame of Reference donde se regula de modo ciertamente extenso los intereses protegidos (arts. VI.-2:201 a VI.-2:211). Frente a este sistema cerrado, los PETL, siguiendo la estela del Civil Law en la que también se sitúa el ordenamiento argentino, establecen un elenco muy amplio de intereses protegidos (art. 2:102) y una cláusula general de responsabilidad objetiva (arts. 5:101 y 5:102, con fundamento en la peligrosidad o el riesgo) que si bien evita dejar fuera supuestos susceptibles de protección, puede originar cierta inseguridad jurídica porque, en la práctica, se podrían tomar decisiones de política jurídica y sujetar a responsabilidad objetiva todo lo que se estime conveniente.

Una cuestión de indudable trascendencia práctica es la de la delicada prueba de los factores subjetivos de atribución y, en concreto, la de la prueba de la culpa, porque ya sabemos que “probar o sucumbir”⁴⁷. El Tribunal Supremo, en España, hizo un uso tal vez abusivo de la presunción de culpa y de la inversión de la carga de la prueba que hace que sea el demandado el que tenga que probar una conducta diligente para excluir su responsabilidad. Sin embargo, parece que en los últimos tiempos están cambiando los vientos y solamente se admite tal inversión en los casos de riesgos extraordinarios, es decir, aquellos anormales en relación con los parámetros medios; y la

resto, il principio della personalizzazione della responsabilità esige proprio una valutazione in concreto della responsabilità stessa, altrimenti si addiverrebbe ad un concetto di colpa oggettiva e, quindi, di una responsabilità certamente non personale”

⁴⁷ Así reza el título de la obra del jurista argentino LÓPEZ MIRÓ (*Probar o sucumbir*, Ed. Abeledo Perrot, 1998)



regla de la inversión de la carga de la prueba limitada a supuestos de riesgos extraordinarios cristaliza también en el artículo 4:201 de los Principios Europeos de Derecho de Daños. Parece oportuno hacer referencia, en este contexto, a una sentencia del Supremo de 17 de julio de 2007 en la que se citan los PETL y en la que una pareja es invitada a cenar a casa de unos amigos y cuando la invitada camina por el pasillo de la casa, a oscuras pese a que sabe dónde está el interruptor, resbala con un pequeño juguete de ruedas, se cae, se lesiona y tras demandar a sus amigos anfitriones por falta de diligencia, el Supremo considera que estamos ante los denominados riesgos ordinarios de la vida en los que no se puede presumir la culpa porque la vida comporta riesgos en sí misma.

Además de que, como regla general, la culpa no se presume, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportar la prueba que corresponda. Es lo que la doctrina argentina denomina cargas probatorias dinámicas y se plasma ahora en el art. 1735 del Proyecto unificado. El juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio. Como es natural, y salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega (art. 1734 Proyecto). Sin embargo, 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 considerase oportuno, deberá comunicar durante el proceso a las partes que aplicará este criterio de distribución de la carga de la prueba, a fin de permitir que los litigantes puedan plantear los elementos de convicción necesarios para su defensa (art. 1735 Proyecto). Sería altamente deseable que este principio de facilidad probatoria que está también latente en la práctica de nuestro derecho de daños se plasmase en una norma, como se hace en el proyecto argentino, en aras de la siempre tan ansiada seguridad jurídica.

V. El primer dogma que habría que abandonar en el ámbito de la relación de causalidad es que la causalidad empírica es un requisito imprescindible para que se dé la responsabilidad civil⁴⁸. Liberados del mito de la omnipresencia de la causalidad empírica, la clave está en conocer lo que los PETL denominan alcance de la responsabilidad y, en España, jurisprudencia y doctrina tildan como criterios de imputación objetiva. Porque es obvio que en la responsabilidad de un padre por los actos de sus hijos, no hay una causa empírica que ligue al padre con el daño causado por su hijo y, sin embargo, tiene que responder; y en los casos de miembros indeterminados de un grupo, como sucedería, por ejemplo, entre los miembros de un partida de caza cuando no consta el autor del daño causado a las personas, la ley misma prescinde de la prueba de la causalidad debido a la imposibilidad de determinar quién ha causado el daño (art. 33.5 de la Ley española de Caza, de 4 de abril de 1970).

⁴⁸ Así, PEÑA LÓPEZ, *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, 2012, págs. 134 y ss.



En el Proyecto argentino de 2012 se adopta la teoría de la causalidad adecuada y se indemnizan las consecuencias mediatas e inmediatas (art. 1726). Las inmediatas son las que suceden según el curso natural y ordinario de las cosas. Las que resultan de un acontecimiento distinto se llaman mediatas. Las consecuencias mediatas que no puedan preverse se llaman consecuencias casuales. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto en el momento de su celebración y cuando existe dolo del deudor, se responde también por esas consecuencias en el momento del incumplimiento (art. 1728).

Interesante es la norma del artículo 1719 que, bajo el título de Asunción de riesgos, dice que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro 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.

El hecho del damnificado (no su culpa) actúa como exclusión o limitación de la responsabilidad, salvo que la ley establezca que debe ser la culpa o el dolo del damnificado lo que excluya tal responsabilidad (art. 1729). También exime de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor (sinónimos según el artículo 1730 del Proyecto), es decir, aquellos sucesos que no hayan podido preverse o que, habiendo sido previstos, no hayan podido ser evitados. También exime de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se deba responder, que debe reunir los caracteres del caso fortuito (art. 1731). Con todo, aunque ocurra el caso fortuito, el deudor es responsable en determinados casos como aquellos en los que el caso fortuito sobreviene por su culpa, o cuando existe una disposición legal de la que resulta que no se libera por caso fortuito (art. 1733).

No queda exonerado de responsabilidad el autor de un daño causado por un acto involuntario, que responderá por razones de equidad (art. 1750.1). Importante regla ésta que podría obligar a responder a las personas con una discapacidad grave que anule totalmente sus capacidades cognitivas y volitivas, al igual que sucede en el ordenamiento francés (art. 414-3 Code Civil, precitado). Sin embargo, quien sufre una fuerza irresistible y causa un daño a consecuencia de ello no tendrá que responder (regla segunda del mismo art. 1750.2 del Proyecto). Lo que no se comprende bien del todo es por qué la norma del art. 1750.1 (*in fine*) remite a la aplicación de lo dispuesto en el art. 1718, precepto destinado a establecer en qué casos los daños están justificados, es decir, no son antijurídicos y, por tanto, no generan la obligación de resarcir. Tratándose, probablemente, de una errata, el informe de la Comisión Bicameral, de 20 de noviembre de 2013, en la reelaboración de muchos preceptos de este Proyecto, sustituye la remisión al art. 1718 por la remisión al artículo 1742 que regula la facultad del juez de atenuar la indemnización si considera que ello es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho que causa el daño. Tal vez habría que añadir a estos hechos atenuantes el relativo a las circunstancias psíquicas de quien causa el daño.



VI. El daño resarcible recibe una especial atención en este Proyecto de 2012. Se define de una manera muy amplia, concediendo, de este modo, un amplio margen de interpretación al juez para determinar la existencia del daño resarcible.

Es fácilmente perceptible el proceso de expansión – tal vez desbordamiento- que experimenta, actualmente en la práctica, el daño resarcible. En este Proyecto argentino de unificación del Código Civil y del Comercial se aprecia una gran sensibilidad hacia la reparación de los daños inferidos a la persona y a sus cualidades más íntimas. Como muestra de ello, puede apreciarse una notable ampliación de los legitimados activos para reclamar los daños no físicos (artículo 1741 Proyecto), de acuerdo con criterios plenamente consolidados en la doctrina y en la jurisprudencia argentinas⁴⁹. Los daños extrapatrimoniales y también los denominados derechos de incidencia colectiva se convierten en los grandes protagonistas.

Los derechos de incidencia colectiva arrancan de las directivas de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del caso Halabi, de 24 de febrero de 2009, en la que se considera que unas leyes vulneran el derecho a la privacidad de la colectividad de usuarios de servicios de telecomunicaciones y, en especial, de los abogados entre los que se encuentra Emilio Halabi. Halabi interpone una demanda de amparo contra unos reglamentos que considera lesivos de la protección constitucional de las comunicaciones privadas telefónicas y por internet y del privilegio de confidencialidad con sus clientes. El caso llegó a la Corte Suprema que considera que se produce una violación de las garantías constitucionales precitadas. Para llegar a tal conclusión, la Corte señala que el artículo 43 de la Constitución Nacional protege tres tipos de derechos diversos: a) los derechos divisibles no homogéneos sobre bienes jurídicos individuales; b) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto proteger bienes colectivos; c) los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En el caso objeto del recurso no hay un bien colectivo, ya que quedan afectados derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión de todos esos derechos y es, por lo tanto, identificable una causa fáctica homogénea. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable, entiende la Corte, la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada. Y el juicio correspondiente a la protección de este tipo de derecho sería la acción colectiva o de clase, figura no reconocida en ese momento en el derecho secundario argentino pero con respaldo constitucional, porque allí donde hay un derecho – dice la Corte- debe haber un remedio legal para hacerlo valer⁵⁰.

El artículo 1741 del Proyecto argentino dice que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio, el lucro cesante en el beneficio esperado, la pérdida de chances y los daños a la persona humana (violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad

⁴⁹ Vid. J. SÁENZ “El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil”, *Revista Derecho Privado* (Argentina), Año I, n° 3, Ed. Infojus, págs. 143 y ss.

⁵⁰Vid. la información sobre este caso en la biblioteca virtual de la Corte Suprema, en el enlace http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=519
Fecha de consulta: 1 de febrero de 2014.



personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida). Observamos, pues, que el daño extrapatrimonial tiene un alcance mucho más amplio que el daño moral. Reducir la indemnización por daño extrapatrimonial al sufrimiento físico o psíquico no es lo más apropiado porque el dolor es una manifestación más del daño, pero no la única. El denominado por el Proyecto “daño a la salud psicofísica” nos trae a la mente el denominado danno biologico de la literatura jurídica italiana. La pérdida de calidad de vida (la denominada loss of amenities, el perjuicio estético, el perjuicio sexual, el daño por no poder practicar actividades de ocio o realizar determinado trabajo) son también indemnizables, al igual que sucede en los PETL⁵¹. No resulta tan clara la respuesta a si un daño moral puro es o no “resarcible”, al amparo de este Proyecto argentino. Sabemos que el daño moral en estado químicamente puro no es susceptible de valoración o de constatación médica, salvo que se convierta en una enfermedad. En España, se aprecia una cierta tendencia favorable a su indemnización tanto si se puede calificar como enfermedad o no. Son los casos de diagnósticos de “falsos positivos” o los shocks nerviosos de personas que han presenciado un episodio traumático (accidente o fallecimiento de otra persona)⁵².

¿Y qué decir respecto a la pérdida de chance, de oportunidad? La pérdida de oportunidad se produce cuando una persona tiene una posibilidad de hacer algo beneficioso y la pierde por culpa de otra persona. No se sabe si tal posibilidad será o no exitosa pero existe al menos esa oportunidad. Es muy frecuente, en el contexto europeo, la reclamación por este daño en caso de abogados y procuradores que no presentan un recurso a tiempo, lo cual priva al cliente de la oportunidad de que un tribunal posterior revise el caso⁵³. Es también frecuente la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario, como la de aquel trabajador que sufrió la amputación de una mano en un accidente laboral y pierde la expectativa de realizar una intervención de reimplante de la mano, por la mala conservación del miembro amputado por parte de la enfermera de turno (Sentencia del Tribunal Supremo español, de 10 de octubre de 1998). En los PETL, la pérdida de oportunidad es una cuestión ligada a la causalidad y cuando tal pérdida se debe a causas que se encuentran en la esfera de la víctima no es indemnizable⁵⁴. También en esto coincide el Proyecto argentino al establecer, en el artículo 1739, que la “pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”. La referencia a la “contingencia razonable” es – según los Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y Comercial que comentamos – el equivalente a la probabilidad objetiva, que debe concurrir con la causalidad, de modo que se exigen dos requisitos: de un lado, la certeza de que si no hubiera ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legítimo habría mantenido la esperanza de obtener una

⁵¹ *Vid.* MARTÍN CASALS, “La modernización”, *cit.*, pág. 109.

⁵² *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 (RJ 2007/5143).

⁵³ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo español, de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8971) y la de 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357).

⁵⁴ *Vid.* art. 3:106 de los PETL, donde se dice que la víctima tendrá que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, evento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.



ganancia o evitar una pérdida futura; de otro, una relación causal adecuada entre el hecho y la pérdida de chances⁵⁵.

De lo que no vemos rastro en el Proyecto argentino es de los llamados daños económicos puros, los pure economic loss, es decir, aquellos daños que no lo son a las cosas sino que suponen una disminución del patrimonio, categoría ésta existente en el Common Law y en Alemania y prácticamente desconocida en los derechos francés y español. Los daños económicos puros no son perjuicios indirectos sino daños a víctimas indirectas, como el sufrido por la compañía de autobuses por la disminución de billeteaje debida al retraso en la circulación interrumpida por el conductor de un automóvil que ha provocado una retención; o el sufrido por los usuarios de un servicio telefónico a consecuencia de la rotura de la conducción por las obras de una empresa constructora. El daño económico puro no es el que sufre la compañía telefónica, que es una víctima directa, sino el de los usuarios del servicio que ofrece la compañía telefónica. Los daños económicos puros pueden contribuir a justificar la necesidad de unificar los sistemas de responsabilidad civil que postura este Proyecto argentino de 2012. Partiendo de un necesario encuentro entre el sistema de reparación de los daños contractuales y de los extracontractuales, los daños económicos puros suponen un nexo más de unión en la medida en que son muchas las informaciones falsas dadas por bancos, auditores o abogados que perjudican las actuaciones económicas de terceros no contratantes y muchas son también las interrupciones de servicios o los incumplimientos de prestaciones contractuales como el retraso de una empresa de mensajería contratada por el letrado para que envíe un recurso al procurador: el incumplimiento del contrato de transporte provoca daños contractuales al letrado y extracontractuales al cliente del letrado cuyo recurso no pudo ser presentado por retraso en la mensajería

La indemnización es una consecuencia de la lesión. Uno de los aspectos más controvertidos de la regulación propuesta por el Proyecto argentino de 1998 era la existencia de limitaciones cuantitativas en la indemnización; ahora, en este Proyecto de 2012, ha decidido consagrarse, como principio general, el de la reparación plena, aun partiendo de que el daño real no coincide con el daño jurídico y de que no es fácil haber un flash back y volver a la víctima a la situación anterior al daño. En los casos de daños derivados de la lesión del honor, intimidad o identidad personal, el juez, puede, a solicitud de parte, ordenar la publicación de la sentencia a costa del responsable (art. 1740 Proyecto).

Especial trascendencia tiene la indemnización de las consecuencias no patrimoniales cuando del hecho dañoso resulta la muerte o una gran discapacidad del damnificado directo. En estos casos, la legitimación para reclamar la indemnización la tienen los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quien conviva con el damnificado recibiendo trato familiar ostensible (art. 1741 Proyecto). Si el

⁵⁵ Así, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, en los siguientes enlaces http://www.infojus.gov.ar/libros/1d00003-szarangowicz-proyecto_codigo_civil_comercial.htm?1#
<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
Fecha de Consulta: 3 de febrero de 2014 (págs. 687-688).



damnificado había interpuesto ya la acción, ésta se transmitirá a los sucesores universales (art. 1741.2). En caso contrario, no será transmisible tal acción.

En caso de fallecimiento, la indemnización consistirá en tres partidas (art. 1745 Proyecto):

los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal
os alimentos del cónyuge, conviviente, hijos menores de 21 años con derecho de alimentos, hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido judicialmente incapacitados. Para la fijación de la cuantía se ha de tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, así como sus condiciones y las de los reclamantes.

la pérdida de oportunidad de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos. Igualmente, se extiende este derecho a quien tenga la guarda del menor fallecido.

Importante es la regla contenida en el artículo 1742, referente a la atenuación de la responsabilidad que puede efectuar el juez en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. No será aplicable tal facultad moderadora en caso de dolo del responsable. Quizá habría que hacer referencia a las circunstancias personales del que causa el daño, como ya he señalado anteriormente. Pareja a la cuestión de la atenuación de la responsabilidad es la de la posibilidad de fijar indemnizaciones basadas en la equidad por daños causados involuntariamente, eventualidad ésta prevista en el actual artículo 907 del Código Civil argentino (artículo 1750 del Proyecto). De este modo, los daños causados por personas con una grave discapacidad psíquica que anule las capacidades cognitivas y volitivas del agente del daño podrían resultar indemnizables, con fundamento en la equidad, por los propios agentes del daño.

También en los PETL, la indemnización puede ser objeto de una atenuación. Nos encontramos ante el apartado segundo del art. 10:301, cuyo tenor es el siguiente: “En general, para cuantificar tales daños [se refiere a los no patrimoniales] se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”⁵⁶.

Este precepto permite reflexionar sobre la influencia de la culpa en la cuantificación de los daños no patrimoniales, en la medida en que, según el citado precepto, la persona que actúa con culpa grave o dolo tendrá que indemnizar en una mayor cuantía que la que actúe con una culpa menos grave. Y en este sentido, la persona afectada por una causa de discapacidad psíquica podría ser condenada a una indemnización mayor si, tras adaptar el estándar de culpa a sus circunstancias, tal como permiten los Principios en el art. 4:102 (apartado segundo), se considera que el nivel de culpa con el que ha actuado es superior al de cualquier otra persona en sus mismas circunstancias de alteración de la capacidad psíquica. Pero, sensu contrario, ¿podría ser condenada a una indemnización menor si se considera que el nivel de culpa (en relación a ese estándar de diligencia

⁵⁶ La negrita es de la autora.



adaptado) con el que ha actuado es mínimo? A la luz del tenor del referido precepto, entiendo que no, que sólo se tendrá en cuenta el grado de culpa cuando contribuye en la producción del daño “de modo significativo”, es decir, cuando la culpa es grave o muy grave⁵⁷.

Al margen de la concreta cuantificación de los daños no patrimoniales en función de ciertas circunstancias, se prevé, en el art. 10:401, una posible reducción de la indemnización en casos excepcionales: “En casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes. Para determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101), el alcance de la protección del interés (artículo 2:102) y la magnitud del daño”

Señala MARTÍN-CASALS que este precepto ha sido uno de los que más polémica ha generado en el seno del Grupo europeo de responsabilidad civil y que la razón última por la que se incluyó tal excepción al principio general de la reparación íntegra de los daños, se debió a “la constatación de que los tribunales de la mayoría de los países europeos, de modo abierto o encubierto, ya llevan a la práctica una reducción en supuestos excepcionales”⁵⁸. El citado grupo optó, finalmente, por “ofrecer criterios que permitieran clarificar prácticas poco transparentes y armonizarlas”⁵⁹.

La situación económica de las partes es el criterio que permitirá, en determinadas situaciones, reducir el quantum indemnizatorio. Pero sólo procederá esta reducción cuando se den los presupuestos a los que se refiere el precepto. En concreto, nos interesa destacar el relativo al fundamento de la responsabilidad que, en el caso concreto que tratamos, pudiera tener cierta repercusión. Entre los fundamentos de la responsabilidad, los Principios sitúan el de la culpa como uno de los más relevantes. Y, como hemos visto, la conducta dañosa de la persona que sufre un trastorno psíquico, aun siendo susceptible de ser calificada como culposa, puede serlo por una particular adaptación del canon de culpa o diligencia a las características peculiares del caso. Por tanto, cabría pensar que en este caso, el estándar de culpa se rebaja y, en consecuencia, la indemnización podría igualmente reducirse.

Determinada la procedencia de una reducción en la indemnización, de acuerdo con el art. 10:401 in fine, el juez podrá atemperar la cuantía de la misma en función de las condiciones económicas de las partes. Hemos reflejado, en algún trabajo precedente, que la indemnización equitativa regulada en

⁵⁷ Así lo he planteado, en *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit., págs. 219 y ss.

⁵⁸ *Vid.* “Líneas generales ...”, cit., pág. 29. También, del mismo autor, “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, cit., pág. 25.

⁵⁹ *Ibidem.* Explica MORÉTEAU, miembro del Grupo, que, inicialmente, se opusieron a la cláusula de reducción algunos integrantes, como BUSNELLI, COMANDÉ y HORTON ROGERS, por la incertidumbre que introduce en la responsabilidad y por tratar de modo diferente la indemnización en la responsabilidad extracontractual respecto a la contractual. Sin embargo, la mayoría del Grupo entiende que “la cláusula de reducción puede acarrear una novedad que cumple una doble función: pretende clarificar una práctica judicial oscura y a menudo no identificada y, de este modo, también responde a la necesidad de armonización”. *Vid.* *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 236-237.



el ordenamiento italiano (art. 2047 Codice Civile) sólo procederá – en la opinión de algún autor – en presencia de una manifiesta desproporción entre la mísera situación patrimonial de la víctima y la florida posición patrimonial del incapaz⁶⁰. Discrepo, en parte, de esta opinión, porque entiendo que “atender a las condiciones económicas de las partes” supone tener en consideración, primero, el soporte patrimonial del incapaz. Si éste no es consistente, no será razonable fijar indemnización alguna. Ahora bien, si el patrimonio de aquél es suficiente, en la medida en que exceda de la cuantía requerida para atender a sus propias necesidades, creo que no será necesario que la víctima esté en la miseria para que el juez pueda fijar una indemnización acorde con esa circunstancia. Esta opinión podría verse reforzada por la regulación de este aspecto en los Principios europeos, al establecer como un elemento prioritario para fijar la reducción de la indemnización que ésta no suponga una carga opresiva para el demandado (art. 10:401)⁶¹.

A diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos civil europeos como el italiano (precitado artículo 2047 Codice Civile) o el suizo (artículo 54 Code de Obligations), la indemnización que debe satisfacer una persona con discapacidad psíquica, según los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, no constituye, al menos a priori, ninguna excepción a la regla general. Se trata de una auténtica reparación del daño y conforma, por tanto, una regla de resarcimiento que no excluye la existencia de culpa en el agente. La persona afectada por una discapacidad psíquica está obligada a resarcir, incluso con sacrificio de su propio patrimonio, en las mismas condiciones y con los mismos paliativos que cualquier otro miembro de la comunidad que cause daño a otro. Si este sujeto resultase obligado a indemnizar en menor cuantía de la que hubiese correspondido, no será en atención a su circunstancia de discapacidad, sino porque concurra alguno de los elementos que permitan fijar una reducción en el quantum debeat. En otros términos, el quantum respondatur podría quedar sometido a reglas de moderación equitativa. El an respondatur, sin embargo, no⁶².

El quantum indemnizatorio se puede atenuar, pero ¿se puede renunciar a la responsabilidad? En el ámbito de la responsabilidad contractual sabemos que esto es perfectamente posible, pero la duda surge en cuanto a la responsabilidad extracontractual. El art. 1743 del Proyecto argentino, bajo el título de “Dispensa anticipada de la responsabilidad”, establece - dentro del consabido sistema único de reparación - que “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 del deudor o de las personas por las cuales se deba responder”.

⁶⁰ Vid. *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit., pág. 221.

⁶¹ Así, en *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, cit., pág. 222.

⁶² Vid. *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, ibídem.



VII. Una de las cuestiones de la responsabilidad civil que más ha enervado a juristas y a una parte importante de la ciudadanía argentina ha sido la atinente a la responsabilidad del estado. Se ha dicho que las modificaciones del poder ejecutivo en materia de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, suponen un verdadero retroceso a 200 años y es un intento de volver a las monarquías absolutas y al estado del príncipe, en el que el estado no estaba sometido a las leyes como el pueblo⁶³.

La Comisión que redactó este Proyecto había propuesto la responsabilidad del Estado por defectos de servicio (art. 1764), la del funcionario y empleado público por ejercicio irregular de su cargo (art. 1765) y la del Estado por actividades lícitas (art. 1766), en un tono acorde con los criterios predominantes en la jurisprudencia argentina. Frente a estas reglas, el Poder Ejecutivo Nacional modificó la propuesta estableciendo que las disposiciones del Código no serán aplicables a la responsabilidad del Estado (art. 1764) y que, en consecuencia, dicha responsabilidad y la de los funcionarios y empleados públicos se regirán por las normas y principios del derecho administrativo nacional. La postura del Poder Ejecutivo Nacional, defendida en Argentina por varios y prestigiosos juristas parece ser ajena a la tradición jurisprudencial que tiende a situar la responsabilidad del estado en el esquema de la responsabilidad general, sin excepciones o privilegios para el Estado. De otro lado, la reconducción de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios al ámbito del derecho administrativo puede resultar incierta habida cuenta de la existencia de diferentes legislaciones administrativas que pueden desembocar en importantes e injustas discriminaciones.

Lo cierto es que la modificación introducida por el Poder Ejecutivo Nacional fracasa en el Congreso argentino, donde una Comisión bicameral propone un cambio con fundamento en que las aludidas normas administrativas no existen y porque en muchas provincias las normas locales disponen que la responsabilidad de los funcionarios se juzga y hace efectiva de acuerdo con las disposiciones del Código Civil⁶⁴. Los tres artículos introducidos por el Poder Ejecutivo reemplazaban, en el Proyecto, a otros tres artículos proyectados por los juristas que integraron la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Los artículos en cuestión decían, en su versión original, lo siguiente: a) el art. 1764 establecía que "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"; b) el art. 1765 disponía que "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"; c) por último, el art. 1766, referente a la responsabilidad del Estado por actividad lícita, establecía que "el

⁶³ Vid. los foros de debate creados para discutir sobre estas y otras materias del Proyecto en <http://www.nuevocodigocivil.com/responsabilidad-civil/>
Fecha de Consulta: 31 de enero de 2014.

⁶⁴Vid, www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/.../downloadOrdenDia
Fecha consulta: 10 de enero de 2014.



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 solo 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"

De acuerdo con la exposición de motivos de los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, autores de las modificaciones, este cambio obedece a que, según su criterio, el proyecto original afectaba al federalismo, por tratar materias no delegadas por las provincias al Gobierno federal, tal como establece el artículo 121 de la Constitución Nacional. En efecto, según los mencionados funcionarios, la razón fundamental en virtud de la cual han optado por esta innovación normativa viene dada por la doctrina del caso "Barreto" (Fallos 329-759), resuelto por la Corte Suprema en 2006⁶⁵.

Según la lectura que se hace de este fallo, la Corte habría establecido una pauta jurisprudencial de acuerdo con la cual la responsabilidad del Estado y de los funcionarios es un tema que concierne de forma exclusiva y excluyente al Derecho

Administrativo y que, por tanto, debe ser regulado íntegramente por cada una de las jurisdicciones locales. En particular, el Ministro de Justicia apoyó su postura ante la Comisión Bicameral en una cita textual del caso referido: "Quiero reiterar estos párrafos del fallo «Barreto» del 21 de marzo de 2006: «La responsabilidad del Estado corresponde al campo del Derecho administrativo. La responsabilidad estatal encuentra sus fundamentos en principios extraños a los propios del Derecho privado». Finalmente, se aclaró que, a juicio del Poder Ejecutivo, los cambios propuestos no conducen a "una situación de irresponsabilidad, ni del funcionario ni del Estado, dado que se seguirán aplicando los conceptos del Código Civil por analogía, como se ha venido haciendo hasta ahora, y la jurisprudencia argentina, como se ha venido haciendo hasta ahora"⁶⁶.

Sin embargo, en opinión de la Comisión Bicameral, estos cambios resultan injustificados e inconvenientes, por lo que se propone que se rechacen y se adopte el texto originalmente proyectado por la Comisión de Reformas. Se sostiene que los cambios son injustificados, porque parten de una premisa errónea, fruto de una mala lectura del caso "Barreto" y la jurisprudencia posterior. La sentencia del caso "Barreto", invocada como autoridad por el Poder Ejecutivo, estuvo única y exclusivamente orientada y destinada a resolver la cuestión acerca de si en esa situación — y en otras análogas— resultaba pertinente acudir a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. Más precisamente, el objeto de esa sentencia no fue el de resolver una cuestión de fondo sobre responsabilidad del Estado, sino la de abandonar

⁶⁵Vid. el Dictamen elaborado por el Diputado Pablo Gabriel Tonelli, de la Comisión Bicameral, publicado el 20 de noviembre de 2013 para su debate en la Cámara Alta en www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/.../downloadOrdenDia
Fecha consulta: 10 de enero de 2014.

⁶⁶ Vid. www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/.../downloadOrdenDia
Fecha consulta: 10 de enero de 2014.



"la generalizada calificación del concepto de 'causa civil' que se viene aplicando" desde 1992 (considerando 4º)⁶⁷.

Si se analiza esta sentencia – continúa diciendo la Comisión Bicameral - se podrá observar que lo que técnicamente se conoce como el "holding" del fallo, abarca únicamente a esta referida cuestión de competencia originaria, sin pronunciarse ni resolver nada en absoluto sobre el fondo del asunto o la posible cuestión federal allí planteada. Una vez enfocado el centro del problema, y luego de poner en primer plano los acuciantes problemas prácticos que traía al funcionamiento del alto tribunal una postura aperturista de su competencia originaria (considerando 5º), la Corte analizó exclusivamente si este tipo de cuestiones podía seguir siendo calificado como "causa civil" y a los efectos de la competencia originaria. Este es el concepto jurídico que merece la atención y respuesta por parte de la Corte y que sólo atañe a una dimensión procesal del problema de la responsabilidad del Estado, según la citada Comisión Bicameral.

El resto de manifestaciones podrán tener valor de obiter dictum, pero no pueden ser calificadas como jurisprudencia establecida por el tribunal, y mucho menos, - se dice - como obligatoria hacia el futuro. La Corte, en el denominado "Caso Barreto" desarrolla dos consideraciones clave, que el Poder Ejecutivo no parece haber tenido presentes y que desmienten la afirmación según la cual cualquier regulación sobre responsabilidad del Estado, contenida en el Código Civil, sería inconstitucional por resultar ofensiva al federalismo. Ello es así, en primer lugar, porque en el considerando 12º se afirma que no obsta a las consideraciones restrictivas sobre competencia originaria "la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos —entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados— aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate".

Esto significa que, para la Corte, es constitucionalmente posible establecer en el Código Civil los principios generales y los estándares básicos, mínimos y esenciales que informan a una teoría general de los daños y la responsabilidad. Es evidente que, como dice la Corte en "Barreto", en los casos de responsabilidad estatal jamás ocurre que las normas aplicables a estos supuestos son exclusivamente aquellas contenidas en el Código Civil a modo de principios generales. Lo que ocurre, en todos los casos particulares que tienen los jueces ante sí, es que deben aplicarse e interpretarse ineludiblemente las variadas normas locales de índole administrativa, que definen las condiciones regulares y concretas de prestación de los servicios estatales.

Creo que son muy gráficas las palabras expresadas por Héctor Mairal en ponencia presentada a esta Comisión Bicameral, según las cuales, en caso de aprobarse el texto propuesto por el Poder Ejecutivo, "no habrá un régimen único, como el que ahora existe, sino que cada provincia podrá

⁶⁷ www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/.../downloadOrdenDia
Fecha consulta: 10 de enero de 2014.



establecer sus propias normas, incluso en aspectos que hoy día ya son generalmente aceptados como la relación de causalidad o los factores de atribución. Habrá pues que esperar, por una parte, las leyes que dicten al respecto la Nación y cada una de las provincias y, por la otra, las decisiones judiciales que las aclaren. Mientras ello no ocurra, lo que demorará décadas, nadie sabrá cuáles son sus derechos frente a la conducta ilícita del Estado".

En Europa, conscientes de las dificultades que entraña ofrecer una regulación unitaria de la responsabilidad civil del Estado y de sus funcionarios, el European Group on Tort Law llegó a la conclusión de que era preferible no hacer ninguna recomendación, dentro de los Principios on European Tort Law sobre el modo en que cada país debe tratar el tema de la responsabilidad del Estado, por considerar que se trata de un ámbito fuertemente influido por la historia y la herencia cultural de cada país y de cada ordenamiento⁶⁸.

VIII. Dentro de la Sección 6ª, titulada Responsabilidad por el hecho de terceros, se regulan tres tipos de responsabilidad que responden a unos criterios muy similares. De un lado, nos encontramos con la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Se configura como una responsabilidad objetiva concurrente con la posible responsabilidad del dependiente (art. 1753). Se parte, pues, de que ambos, principal y dependiente, pueden haber participado en la producción de un daño que tiene causas distintas.

La Comisión Bicameral, en el informe elaborado sobre el Proyecto, considera, respecto al artículo 1753, que el proyecto crea una nueva categoría de personas por quienes debe responder el principal, que serían aquellas "de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones". Tal ampliación puede resultar sumamente riesgosa, en la visión de esta Comisión, porque en esa categoría habría que incluir a trabajadores autónomos vinculados al arrendatario de servicios a través de un contrato sin relación de dependencia y que cumplen sus funciones de manera independiente, sin sujeción de ningún tipo hacia quien los contrató. Tampoco tienen con él una relación jurídica o técnica, por lo que mal podría endosarse responsabilidad alguna a quien encarga un servicio sin potestad de organización, dirección y control del mismo, pues no está a su alcance disponer los medios para evitar que se causen daños en el cumplimiento de lo encomendado. Es preferible mantener la previsión del actual artículo 1113 del Código Civil, que obliga a indemnizar los daños causados por quienes están "bajo dependencia" de alguien, y también los causados "por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado"⁶⁹.

⁶⁸ *Vid. Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cit.*, pág. 166.

⁶⁹ *Vid.* el siguiente enlace para consultar el Dictamen de la Comisión Bicameral emitido el 20 de noviembre de 2013,
http://www.casi.com.ar/sites/default/files/17641%20n.892%2020%2011%202013%20Dictamen%20Com%20Bicameral_1.pdf



De otro lado, nos encontramos con la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos. También se configura como una responsabilidad objetiva de los padres y solidaria con la responsabilidad de los hijos que se encuentren bajo su responsabilidad parental y que habiten con ellos (art. 1754). Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de los hijos. Es decir, se parte de que las dos responsabilidades pueden tener como origen un daño de causa única (responsabilidad solidaria), o bien proceder de causas distintas (responsabilidad concurrente). La responsabilidad objetiva de los padres cesa si el hijo menor es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente, pero no dejan de responder en el caso de que el hijo no conviva con ellos por una causa que les sea atribuible (regla segunda del art. 1755 Proyecto). Los padres no responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos (regla tercera del art. 1755 del Proyecto).

Por último, se recoge la responsabilidad de otras personas encargadas del cuidado de menores o personas con discapacidad. Es también una responsabilidad objetiva. Se liberan si prueban que les ha sido imposible evitar el daño (es decir, por caso fortuito o causa ajena), aunque tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia (art. 1756). En el caso de los establecimientos que tienen a su cargo personas internadas, la responsabilidad de los centros es por negligencia en el cuidado de quienes han sido puestos, transitoria o permanentemente, bajo su vigilancia y control (regla tercera del art. 1756 Proyecto).

Es curioso observar que no se regule, dentro de esta Sección, la responsabilidad de los centros educativos de enseñanza no superior por los daños causados por sus estudiantes, que sí se regula en otro lugar de este proyecto. En efecto, dentro de la Sección 9ª, titulada Supuestos especiales de responsabilidad, se regula, en el artículo 1767, la responsabilidad de los establecimientos educativos, de educación no superior, extendiendo tal responsabilidad a los daños causados o sufridos por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. Esta responsabilidad se configura como objetiva y solo se exime al responsable si prueba que ha habido caso fortuito. Observemos que la filosofía unificadora de los sistemas de reparación del daño que impregna todo la regulación de la responsabilidad civil en este Proyecto cristaliza en normas como ésta del artículo 1767, en la que tanto los daños causados (responsabilidad extracontractual) como los sufridos por los alumnos (daños que pueden tener naturaleza contractual) son objeto de una reparación unívoca en este precepto.

En el dictamen de la Comisión Bicameral emitido a este artículo 1767 se señala que la doctrina argentina entiende que corresponde eximir de responsabilidad al establecimiento educativo por el hecho de un tercero, cuando cumple los requisitos debidos —entre ellos, la ajenidad del tercero y la inevitabilidad del hecho— y también por el hecho del propio damnificado⁷⁰. La verdad es que tales

⁷⁰ Vid. el ya citado dictamen, de 20 de noviembre de 2013, en http://www.casi.com.ar/sites/default/files/17641%20n.892%2020%2011%202013%20Dictamen%20Com%20Bicameral_1.pdf



circunstancias no han parecido hacer mella en el legislador, que ha mantenido un modelo de responsabilidad objetiva en estado casi puro.

Por obvias razones de espacio, voy a centrar la atención en un tipo de responsabilidad por hechos ajenos – la responsabilidad civil de los padres – que presenta diversas caras en el Derecho Comparado. Los PETL y el DCFR descartan el molde de la responsabilidad objetiva de los padres y se miran en el espejo de aquellos ordenamientos en los que la responsabilidad de los padres se basa en una culpa presunta de éstos, como Alemania o Bélgica, y también España e Italia, aunque en éstos últimos países la inversión de la carga de la prueba es solo de cara a la galería ya que la práctica jurisprudencial raramente admite la prueba de la diligencia por parte de los padres. Lo mismo sucede en la jurisprudencia francesa según la cual los padres responden por los daños causados por sus hijos de la misma manera que responden por los causados por sus gatos o por sus perros, es decir, sin que sea necesaria la existencia de culpa por su parte, pero también sin que se entre a valorar en ningún momento la conducta del hijo o del animal. Con este criterio se puede dar la paradoja de que los padres respondan por daños causados por conductas correctas de los menores o, incluso, de conductas que no hubieran hecho responder a ese menor si, en vez de ser menor, hubiera sido mayor de edad⁷¹.

Y este criterio de la jurisprudencia francesa es el que sigue el Proyecto argentino de 2012 en el art. 1755, donde expresamente se dice que la responsabilidad de los padres es objetiva y sólo quedaría excluida si los padres acreditan que su hijo estaba bajo el cuidado y vigilancia de otras personas. La opción del legislador argentino, como la del francés, es muy dura con los padres y, además, no es coherente, en mi humilde opinión, con la actual tendencia de conceder mayor capacidad, autonomía y libertad de actuación a los menores. Ahora bien, con independencia de que estemos de acuerdo o no, lo cierto es que la norma argentina tiene la indudable ventaja de ofrecer una regla clara y segura y se atreve a decir lo que otros legisladores no han querido decir pero luego consienten en la práctica.

Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, reiteradamente citados a los largo de este trabajo y denominados con el acrónimo PETL, no parecen concebir la obligación de responder por hechos de otros como una modalidad de responsabilidad objetiva, sino como una responsabilidad por culpa in vigilando en la que se invierte la carga de la prueba. El art. 6:101, bajo el título Responsabilidad por menores o por discapacitados psíquicos, establece lo siguiente: “La persona que tiene a su cargo a otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión”.

Los Principios europeos en esta materia sustituyen el criterio de “toda la diligencia de un buen padre de familia”, que utiliza nuestro legislador en el art. 1903 del CC, por “el estándar de conducta

⁷¹ Vid. MARTÍN CASALS, “La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL)”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. por MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, 2007, págs. 497 y ss.



que le era exigible en su supervisión”. El nivel de diligencia parece, pues, flexibilizarse y, por ende, la inversión de la carga de la prueba podría gozar de un mayor éxito en la práctica⁷². El modelo preferido por los Principios es el continental, con una auténtica y real inversión de la carga de la prueba⁷³.

Aunque en Europa se puede apreciar una tendencia creciente a hacer responder objetivamente a la persona que está a cargo de los menores o incapaces, el Grupo prefirió adoptar una postura que respetara lo que puede ser visto como un común denominador de los sistemas europeos: es decir, una presunción de responsabilidad de los padres o guardadores que cede ante la prueba, por parte de estos últimos, de que ejercitaron adecuadamente el deber de supervisión sobre menores o incapaces, de modo que lo importante es decidir si existe o no ese deber de diligencia que impone la vigilancia⁷⁴.

⁷² Ya nos hemos referido anteriormente a la crisis del canon de diligencia del buen padre de familia, a la que algún autor, en Italia, alude con la gráfica expresión de “l’insostenibile leggerezza del buon padre di famiglia”. *Vid.* MORELLO, *op. cit.*

⁷³ Los modelos europeos de “responsabilidad por otros” se pueden sintetizar, siguiendo a MARTÍN-CASALS (“La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL)”, *La responsabilidad civil y su problemática actual, cit.*, pág. 497), en tres grupos:

1) Inglaterra, donde no existe ninguna regla específica que haga responder a tutores o guardadores por hechos de los incapaces. Los tutores o guardadores sólo responderían por hecho propio, es decir, por no actuar en el caso concreto para prevenir el daño, siempre que se acredite su falta de diligencia. En el *Common Law* no existen normas similares, porque el principio dominante en la materia es el de la responsabilidad individual, que prescinde de la edad y capacidad del sujeto y donde está ausente la concepción de la familia como grupo al que imputar el riesgo derivado de los actos realizados por menores e incapaces.

2) La mayor parte de los ordenamientos europeos establecen alguna norma sobre responsabilidad por culpa de los padres por hechos de sus hijos. No obstante, dentro de este modelo existen significativas divergencias.

a) En Austria o Suecia la culpa de los padres no se presume, exige prueba por parte del demandante.

b) Por el contrario, en Alemania, Bélgica, Portugal, República Checa, Italia, o España, la culpa de los padres se presume *iuris tantum*. Los padres podrán exonerarse probando una actuación diligente, pero esto en Italia y en España, como se ha visto, cada vez sucede menos. En realidad la responsabilidad es prácticamente objetiva.

c) En Francia la responsabilidad de los padres es objetiva. A partir del renombrado caso Bertrand, del año 1997, en la responsabilidad de los padres no sólo se prescinde de la culpa de éstos sino también de la culpa de los propios hijos, autores del daño.

3) En el medio de los dos grupos anteriores, se situaría la respuesta que el derecho holandés da para el caso de los daños causados por menores, diferenciando varias franjas de edad: por debajo de los 14 años, responden objetivamente los padres; entre los 14 y los 16 años, responden los padres, por culpa presunta que admite prueba en contrario; a partir de los 16 años, los padres sólo responden por una culpa que no se presume y cuya prueba corresponde al demandante (artículo 6:169 del Código Civil holandés de 2008).

⁷⁴ Así lo ha manifestado el propio Grupo, el denominado *European Group on Tort Law*. *Vid. Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Trad. a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Comparado”, *cit.*, págs. 157 y 160.



Al igual que sucede en una buena parte de las legislaciones europeas, los Principios no distinguen entre la responsabilidad por hecho del menor y la responsabilidad por hecho de la persona que padece una discapacidad psíquica⁷⁵. En mi opinión, esta distinción debería estar presente, porque una cosa es el control que debe ejercer el guardador sobre un menor de edad, aunque éste sea ya un “gran menor” y cuestión diferente es la vigilancia que el guardador debe tener respecto a un adulto, aun cuando éste tenga sus facultades cognitivas y volitivas mermadas por determinada enfermedad o deficiencia. El margen de autodeterminación y libertad que se debe conceder a estos últimos sujetos conlleva que no sea razonable exigir que el guardador esté permanentemente “encima” del guardado, es decir, que desenvuelva respecto a él una rigurosa y exhaustiva conducta de custodia y control.

A mi juicio, la responsabilidad de tutores y guardadores no debe ser concebida como una responsabilidad objetiva sino como una responsabilidad basada en la culpa, en la que, con inversión o no de la carga de la prueba, el canon de diligencia exigible a estos sujetos sea un canon de diligencia razonable y acorde con las circunstancias; y cuyo cumplimiento, en consecuencia, sea susceptible de prueba por parte del guardador en un proceso judicial⁷⁶.

Configurar normativamente la responsabilidad de tutores o guardadores como objetiva implicaría, a mi entender, convertir a la persona incapaz en una cosa, ya que podrá darse la paradoja de que el guardador tuviera que responder por actos del incapaz respecto a los cuales este último no tendría que responder si no tuviera la discapacidad o el trastorno psíquico. Por ello, me uno a MARTÍN-CASALS cuando dice que no es demagógico afirmar que la responsabilidad objetiva, al tratar a los menores (y a los incapaces) sólo como una fuente de riesgo, equipara la responsabilidad de los padres (y tutores) a la responsabilidad de los poseedores de animales y a la de quienes tienen a su cargo instalaciones peligrosas⁷⁷.

La presunción de culpa y la inversión de la carga de la prueba, de las que parten una buena parte de los legisladores civiles y también los referidos Principios europeos, podría encontrar su fundamento – como se ha señalado – en “la difícilísima prueba que en caso contrario incumbe al

⁷⁵ Curiosamente, el *Code Civil* francés, en su artículo 1384, regulador de la responsabilidad por otros, omite la figura del tutor entre los sujetos que responden por actos dañosos ajenos. En consecuencia, el ordenamiento francés sí parece diferenciar la responsabilidad de los padres por actos de sus hijos, considerada objetiva (como hemos apuntado en una nota anterior), de la responsabilidad del tutor o guardador por actos del incapacitado o del incapaz, respectivamente. Esta última responsabilidad quedaría sometida, así, a la norma general del art. 1382 *Code Civil* (equivalente a nuestro 1902 CC), depositando la carga de la prueba en el que dirija su pretensión contra el tutor o el guardador. Ello es muy razonable, habida cuenta de que el nuevo art. 414-3 (antes 489-2) establece una expresa responsabilidad directa de la persona que padece un trastorno psíquico.

⁷⁶ Así lo he manifestado en un trabajo precedente. Vid. *Culpa civil y daño extracontractual ...*, *cit.*, págs. 127 y ss.

⁷⁷ *Vid.* “La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” (PETL)”, *cit.*, pág. 500.



perjudicado”⁷⁸. No obstante, ello no armoniza bien con los amplios márgenes de libertad y autonomía que las nuevas políticas legislativas tienden a conceder a las personas incapaces para el desenvolvimiento o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad, y que las lleva a ser responsables de sus propios actos. Por ello, resulta cada vez más forzado establecer una relación causa-efecto entre la falta de vigilancia del guardador y el acto dañoso causado por el incapaz, relación de causalidad que subyace en la presunción de culpa in vigilando del guardador y que debería hacernos pensar si hoy, abandonado el planteamiento de custodia y sobreprotección que antes tenía la tutela, sigue teniendo sentido mantener tal inversión de la carga de la prueba⁷⁹.

De hecho, algunos autores aprecian un tímido cambio de tendencia jurisprudencial en España, consistente en ponderar, por un lado, el beneficio que se alcanza evitando el daño y, por otro, el coste que supondría adoptar las precauciones necesarias para conseguirlo. Y si, en la práctica, estas precauciones impidiesen el desarrollo de la actividad, entonces procedería absolver al vicario⁸⁰. Si, por ejemplo, el daño causado por un menor o por una persona con discapacidad se produce en el contexto del necesario tratamiento de salida al exterior para fomentar, por ejemplo, su integración social, no se pueden hacer responsables a los tutores o guardadores por no haber adoptado una medida que hubiese impedido al enfermo la necesaria apertura al exterior. Este cambio de tendencia es muy loable, porque es un contrasentido que la mayor autonomía que se reconoce a las personas con facultades mentales limitadas se traduzca en una ampliación del ámbito de responsabilidad de sus tutores o guardadores.

⁷⁸ DE ANGEL YAGÜEZ, “Comentario del artículo 1903 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, coord. por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2000, pág. 12.

⁷⁹ Especial relevancia adquiere alguna jurisprudencia francesa, bastante antigua, en la que se admite la prueba liberatoria por parte de unos padres, confirmando, así, que estamos ante una responsabilidad por culpa con una factible inversión de la carga de la prueba. Se trata de la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 2 de abril de 1979 en la que el alto tribunal consideró no responsables al padre y a la madre de un hijo con discapacidad psíquica que había acuchillado a la víctima con un cuchillo de cocina, del que se había apropiado sin el conocimiento de los padres.

⁸⁰ *Vid.* SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, “*Respondeat superior IP*”, *Indret* 03/2002, www.indret.com, págs.7-8. Muestra de este nuevo criterio es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1999 (Sala 1ª) en la que un niño de diez años se rompe el fémur al caer al suelo cuando jugaba con otros niños en el tiempo de recreo del colegio. El Supremo, respetando el criterio de los tribunales de instancia, desestima la pretensión de los padres del menor contra la compañía aseguradora del centro escolar exigiendo responsabilidad por los daños sufridos por su hijo. El Supremo no admitió el recurso por considerar que la única forma de evitar el accidente era impedir que los niños jugasen en el tiempo libre, algo inadmisibles – según el Supremo – por formar parte de toda actividad educativa.