

Implicancias de la responsabilidad por riesgo¹

Lidia M R Garrido Cordobera

1. Aclaración

El IV Congreso trato conjuntamente el tema de los daños y perjuicios en la reforma y el de la responsabilidad sin culpa, hemos optado por dejar de lado ciertos temas muy interesantes y abocarnos dentro de la responsabilidad objetiva a la situación que planteo y aun hoy plantea el riesgo, sobre todo en su vertiente del riesgo creado para observar que muchas de las polémicas vertidas oportunamente en el debate, hoy continúan vigentes, entre quienes preconizan se regle su aplicación exhaustivamente mediante leyes especiales y quienes sostenemos que una interpretación dinámica jurisprudencial y doctrinaria de una regla que la contenga es el mejor camino.

2. Nuestra Lectura del IV Congreso

Rescataremos de los miembros y los despachos lo que nos interesa y que es en esta oportunidad el alcance y en cierta medida una opinión o juicio acerca de la teoría del riesgo².

La Dra Leonfanti (UCA- Rosario) con magistral visión exhorto a que las próximas reuniones de juristas en el futuro se dedicaran al estudio de la responsabilidad civil, hemos visto en los últimos 30 años como dicho requerimiento se ha cumplido, aunque no siempre de un modo optimo, y la Convocatoria a las Jornadas Nacionales de 2009, acertadamente dividen el tema de obligaciones y de daños (nombre con que usualmente se refiere de modo indistinto a la responsabilidad civil³).

Señalaba ya en 1969 que era urgente reconstruir el sistema Stark - Tunc y citando a Savatier manifestaba que era imposible concebir el juego de la responsabilidad civil sino como un aspecto del Servicio general de reparación de daños, las cuatro construcciones provenientes de las cuatro fuentes de deudas . culpa, riesgo, seguro y

¹ Trabajo publicado en la sección derecho de daños del libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2009.

² Para una mayor apreciación del tema en debate remitimos a las Actas del IV Congreso de Derecho Civil en www.acaderc.org.ar

³ No compartimos tal equivalencia como ya lo hemos expresado en varias oportunidades ver nuestro artículo La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, Universitas junio 2009

seguridad, son irreductibles por su naturaleza y caracteres propios pero es necesario coordinarlas ⁴.

El Dr. Brebbia (UNL) se oponía a la reforma en los términos en que fue realizada insistía en que debían establecerse nuevas normas destinadas a regular la responsabilidad por actividades riesgosas⁵ conforme a las pautas aprobadas en las II Jornadas de derecho Civil de Corrientes .

El Dr Atilio A Alterini (UBA)por su parte también recalca que el Código Civil de Vélez se veía perturbado por el agregado al art 1113 y por su alcance desmesurado⁶.

El Dr Roque F Garrido (UNNE)⁷ señaló que el progreso jurídico origina siempre una marcada resistencia, ya sea por apego a viejas formulas que no responden a la realidad o por la estratificación de conceptos ⁸.

Recordaba a Aguiar Dias ⁹ para quien en realidad ya no se trataba de responsabilidad civil aunque convenga mantener el nomen iuris, diciendo que el problema ha trascendido estos limites, se trata de reparación del daño¹⁰ y expresaba que los mas ardientes partidarios del subjetivismo no niegan la conveniencia de normas que fundadas en la equidad determinen supuestos de responsabilidad objetiva.

Con respecto al supuesto del riesgo, manifestaba que allí aparece el peligro potencial que es presupuesto para la responsabilidad, el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización¹¹, recordando que Jossierand expresaba que la idea de la culpa es insuficiente debe completarse, vigorizarse con la noción mas moderna, mas economica y mas practica del riesgo creado.

El Dr Jorge J Llambias (UCA) señalaba que la responsabilidad por riesgo es en verdad una traslación o una distribución de daños por

⁴ Cita al dar sus argumentos al Concilio Vaticano II

⁵ También menciona la necesidad de regular los daños ocasionados con automotor

⁶ En los dictámenes preliminares encontramos el de Atilio A Alterini insistiendo en que la teoría del riesgo agrietaba el sistema mediante la intromisión de un elemento que conmueve sus principios y debían concretarse los casos en los cuales opera el riesgo, sosteniendo además el tope cuantitativo de la obligación de reparar sin perjuicio de la vigencia de las pautas generales si se demuestra culpa o dolo del responsable y también la necesidad de la expresa mención de la demostración de causa extraña para excusarse

⁷ Sostiene que el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización.

⁸ Llegándose a negar al legislador la capacidad necesaria para incorporar normas que reclama la complejidad de la vida moderna

⁹ Señalan que filosóficamente no es posible hablar de responsabilidad sin culpa, siendo los requisitos imputabilidad mas capacidad.

¹⁰ Aguiar Dias , Responsabilidad Civil, T 1, pag 26

¹¹ La vida moderna a veces con su secuela impresionante de daños no pudo ser previsto por Vélez Sardfield

razón de equidad o bien la exigencia de una obligación legal de garantía, pero expresaba enfáticamente que no se justifica si previamente no se delimita el ámbito en que habrá de requerirse la reparación al creador del riesgo¹².

El Dr Jorge Mosset Iturraspe (UNL) afirmó que la responsabilidad por riesgo constituía un supuesto de responsabilidad objetiva

El Dr Eduardo L Vallejo (UN Santo Tomas de Aquino) expresó que la teoría del riesgo con un entroncamiento materialista en cualquiera de sus manifestaciones choca con la filosofía del ordenamiento, y es contrapuesta en su orientación filosófica jurídica y sus consecuencias pues elimina toda distinción entre los hechos culposos y no culposos.

Por su parte el Dr Iván M Díaz Molina (Inst. de Derecho Civil de Córdoba) recalco que las nuevas condiciones sociales y técnicas de la vida y del trabajo exigen la adopción del sistema de responsabilidad sin culpa para determinadas actividades¹³.

Finalmente se arribó a dos dictámenes que fueron sostenidos el de la mayoría por Roque F Garrido y el de la minoría por Jorge J Llambias¹⁴ votándose en general y en particular sin objeción, arrojando la votación la cifra de 46 por la afirmativa a 36 por la negativa.

Si bien en lo pertinente la recomendación establece: El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización, es interesante lo referido por los miembros informantes.

En cuanto a las fundamentaciones a cuya lectura en extenso remitimos, nos permitimos señalar, con Garrido la cuestión terminológica¹⁵ y la alusión a Orgaz de que el interprete debe buscar el sentido mas razonable, aun prescindiendo del texto literal, con el limite que esa interpretación tenga algún sustento en las palabras de la ley.

¹² Recomendaba eliminar del art 1113 CC la palabra riesgo y agregar al 1067 un texto referido al riesgo siéndole aplicable el art 907 2da p

¹³ En el pto 6 considera que el riesgo creado debe aplicarse por ej a accidentes de trabajo, aeronaves, circulación de automotores, transporte, ruina de edificios, animales, instalaciones eléctricas, padres, tutores, directores y maestros y en gran medida a algunas responsabilidades que derivan del sector publico.

¹⁴ Decía Garrido que la existencia de dos dictámenes no sorprende pues trasunta una toma de posición frente al tema de la llamada responsabilidad sin culpa en nuestro derecho civil y que debido a la poca feliz modificación de las normas vigentes ha llevado a sostener las mas dispares posturas desde los que sostienen que ha muerto el principio de la responsabilidad por culpa para ser sustituido en su totalidad por la responsabilidad objetiva, pasando por posturas intermedias que buscan una armonización de textos

¹⁵ v nota 7. Se acepto la denominación aludiendo a la posibilidad de reparar los daños sin juzgar la conducta del agente, se contempla la necesidad social de reparar el perjuicio antes del factor subjetivo y se aprecia si el hecho ha ocurrido en determinadas circunstancias que darán lugar a la reparación.

Señalaba este despacho de la mayoría que la ley marcaba pautas esenciales, una responsabilidad por culpa, la existencia de la teoría del riesgo dentro de la regulación actual, y la necesidad de llegar a una regulación que señalara con la mayor claridad conceptual posible los límites en los que se debe mover (justificar racionalmente su aplicación).

Si bien Llambias abogaba duramente por la supresión del riesgo creado como principio general, atacando el contenido ético, considerándola una noción recesiva, degradante del orden social justo¹⁶, también apunto en esa oportunidad, que la misma que podría tener alguna función con respecto a ciertas hipótesis particulares, debiéndose describir las mismas con precisión, para que la idea de riesgo creado latente en esos supuestos no se desorbitara desquiciando la teoría general de la responsabilidad en las restantes situaciones ¹⁷.

Son muy interesantes las palabras vertidas por el Dr Cassiello acerca de la diferencia entre aplaudir el texto de la reforma y la intención perseguida que era la de pretender ampliar el campo del derecho de la reparación de daños.

Consideraba que el cambio es una exigencia de la vida moderna y que esta impone acudir a nuevos principios para dar solución a nuevos problemas. Apunta a que la sensación de injusticia se desvanece cuando se mira a la víctima, ella también merece protección y habrá de dársele so pena de pecar mas gravemente contra elementales postulados de justicia.

Garrido al hacer uso de su derecho a replica, comienzo por afirmar fuertemente el contenido ético del riesgo¹⁸ pues se intenta controlar la desigualdad jurídica que origina la creación de riesgos mas allá de lo que es admisible en una normal convivencia, propugna realizar el equilibrio entre quienes integran un determinado conglomerado social, no admitiéndose la posibilidad de ejercer una actividad que pueda originar eventualmente daños por la naturaleza de las cosas o por su forma de utilización .

El fin es ético, de protección y amparo al tercero extraño al proceso de utilización y denota un profundo contenido social y moral.

¹⁶ El derecho no es una simple técnica de organización social, de signo indiferente , si no ciencia de la cultura, que interpreta el bien del hombre y propende a el instalando la justicia en la sociedad

¹⁷ Enuncia la necesidad de establecer el ámbito de aplicación, la indemnización tarifada, con tope, y de que se señale la causal de excusación por causa extraña

¹⁸ En extenso su posición puede consultarse en Garrido, Roque F y Andorno Luis O, el art.1113 del CC Ed Hammurabi pag 271 y ss y en Comentarios a la Reforma ley 17711 Ed Zavalía pag 215 y ss

El problema debía examinarse desde el punto de vista de la víctima y lo realmente reñido con la ética, los valores morales y el sentido de justicia es suponer que se admita la producción de daños por la incorporación de cosas riesgosas al medio social. Señalaba que el derecho civil considera que la actividad de incorporar al medio cosas peligrosas o que por su forma de utilización puedan ocasionar daños aun cuando sean autorizadas no exime de reparar los perjuicios que se ocasionen.

Compartimos, como ya hemos dicho, la opinión que volvió a verter sobre que el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización, implicando una negativa al criterio que propugna solamente reducirlo a supuestos expresos (... “reducirlo a un catalogo limitado, para encerrarlo en una jaula”...) y su pronunciamiento a favor de que el casuismo no daría a la ley la elasticidad fecunda que es necesaria en esta materia y finalmente su pronunciamiento por el principio de la reparación plena.

Llambias al hacer lo propio, llamo a la idea de riesgo, idea informe, proteica, indócil, imposible de sujetar o dominar, decía que el jurista, que es el hombre gobernado por la razón, no puede dar salida incontrolada a un principio explosivo que quiebra uno de los fundamentos del buen orden social, como es la necesidad de la culpa para originar responsabilidad.

Sostenía que la responsabilidad por riesgo creado que establece la reforma es por completo injustificada, sería “indispensable y urgente para impedir el deterioro de nuestro derecho, desplazar la idea del riesgo creado de ese sitio prominente de responsabilidad, que en los hechos ha venido a usurparle a la culpa” Por ello propugnaba que se le asigne en definitiva alguna función, siempre que se comience por delimitar con precisión el ámbito de aplicación¹⁹.

Adviértase, que aunque hayan pasado 40 años la vigencia de muchas palabras e inquietudes que se vertieron en ese encuentro y como hoy muchos vuelven a la palestra, vemos que aun hoy se discute del riesgo de empresa²⁰, del reverdecir de la culpa²¹ y de los sistemas de seguridad social²², pensemos rápidamente en los temas de daños que se abordaron en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y los despachos que suscitaron.

¹⁹ “Se esta en presencia de una idea rebelde, aunque generosa en cuanto procura la reparación de los daños sufridos por inocentes, que por su misma indocilidad hay que mantener convenientemente enjaulada, para que no lo desquicie todo como un caballo en un bazar”

²⁰ Pizarro, Ramon D, Responsabilidad civil y riesgo de empresa, Ed La Ley

²¹ López Mesa, Marcelo J La culpa como factor de atribución de culpabilidad (cenit, ocaso, y resurgimiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad), Anuario Universidad A Coruña, 2006

²² Prieto Molinero, Ramiro J El sistema de compensación de daños personales de Nueva Zelanda, RCyS 2007

3. Opiniones doctrinales post 17711.

Veamos paralelamente las opiniones doctrinales vertidas por varios juristas de la época. Garrido y Andorno, por ejemplo consideraron que el agregado al art. 1113 significó un profundo acierto legislativo²³. Seguiremos a estos autores que en su obra destinada específicamente al tratamiento del art 1113 del CC nos brindan conceptos expresados por Orgaz, Salas, Borda, Llambías, Goldenberg, Casiello y Mosset Iturraspe²⁴.

El Maestro Alfredo Orgaz²⁵, rechazaba la interpretación literal del art. 1113 C.C., ya que el mismo no puede interpretarse de ese modo, sin caer en el absurdo de decir que el art. 1109 C.C. había quedado reducido al ínfimo ámbito de los daños causados por el hombre con su solo cuerpo y por ello sostenía lo siguiente:

a) Ha de considerarse razonablemente que el art. 1109 conserva su valor de principio general de la responsabilidad por hecho propio, sea que el daño se origine en pura actividad física, sea que se ocasione con el empleo de cosas no aptas en sí para dañar y por la actividad de aquél²⁶.

b) En el art. 1113 habría que distinguir la hipótesis de los daños causados con las cosas, en que hay una presunción de culpa contra el dueño o guardián que éstos pueden destruir demostrando que de su parte no hubo culpa²⁷.

c) En el mismo art. 1113 C.C está previsto el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, términos amplios, que comprenden: 1) todas las actividades y cosas en sí mismas peligrosas, de que es capítulo principal la circulación automotriz, pero también una fábrica de explosivos, un establecimiento de productos químicos, etc.; 2) todos los supuestos de daños ocasionados por el mal estado de construcción o de funcionamiento de las cosas, como ser caída de edificios en construcción, exhalaciones cloacales o de depósitos

²³Garrido, Roque F y Andorno Luis O Reformas al Código Civil comentadas. Ed Zavalia

En la segunda edición, recordaron que en la ponencia que presentaron al IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en septiembre de 1969, expresaron que la vigencia de los arts. 1067 y 1113 en su nuevo texto, crean para el jurista la necesidad de desentrañar sus posibilidades de aplicación.

²⁴ Garrido, Roque F y Andorno Luis O, El art 1113 del CC Ed Hammurabi pag 272 yss

²⁵ Orgaz Alfredo, El daño con y por las cosas LL 135.

²⁶El alcance del art. 1109 sería el emergente del Código antes de su reforma, con exclusión de supuestos especiales que son contemplados por el art. 1113 en su nueva redacción.

²⁷Interpreta que se refiere a las cosas que deben ser guardadas (o vigiladas) para que no causen daños; y no al vasto conjunto de cosas inofensivas por sí mismas, sin vicios y sin riesgos, que únicamente pueden dañar como instrumentos pasivos del hombre (por ej., el bastón, el paraguas, la navaja, el bisturí, etc.)

infectantes, dispersión de polvo de cemento, emanaciones de humo de una fábrica que ensucia los frentes vecinos, etc²⁸

Borda²⁹ afirmaba que el sistema de la culpa no debe ser totalmente suplantado por el principio del riesgo, en su opinión, en una sociedad jurídica refinada la culpa debe ser el fundamento esencial de la responsabilidad, pero este sistema debe ser completado y enriquecido por el riesgo creado, no se trata de expulsar el sistema de a culpa, sino de instalar a su lado el del riesgo para la realización de un equilibrio más perfecto entre los intereses y los derechos.

Considera positiva la reforma que introduce oficialmente en nuestro derecho la doctrina del riesgo (que ya la jurisprudencia había aplicado); que concluye con la distinción entre daños causados por las cosas y con las cosas y distingue entre las cosas con vicio o riesgos derivados de su naturaleza, y las que no lo tienen..

Isidoro H. Goldenberg³⁰ señaló que en el mecanismo reparador del daño confluyen distintas fuentes, encauzadas todas ellas hacia una meta común. el restablecimiento, por medio del orden jurídico, del equilibrio patrimonial alterado por la acción dañosa.

Estos diversos títulos (culpa, seguridad, previsión, garantía, etc.) no se excluyen entre sí; constituyen sólo diferentes vías que van luego a entroncarse en el concepto unitario de la responsabilidad.

Al examinar la reforma, estima que se incorporan a los ya existentes algunos tipos de responsabilidad objetiva, incluyendo el derivado del riesgo por actividades peligrosas³¹.

²⁸ Garrido, Roque F y Andorno Luis O, ob cit, pag 293

²⁹ Borda, Guillermo A. La reforma al Código civil ,pag 212 y ss Ed Perrot 1971 Ejemplifica que los tribunales comenzaron declarando que en materia de accidentes de tránsito era necesario afinar la apreciación de la culpa del conductor. La más leve negligencia era bastante para hacer lugar a la acción de daños, se ha declarado que el conductor de una máquina peligrosa, como lo es el automóvil, debe tener en todo momento el control de su vehículo de modo de poder detenerlo cuando se presenta una de las frecuentes contingencias del tránsito, para evitar daños a terceros. La omisión de tal deber de vigilancia importa culpa suficiente para hacer lugar a la acción (CNCiv., Sala A, LL, 88-656; Sala C, LL, 105-68).

³⁰ Goldenberg, Isidoro H, Homenaje al centenario del Código Civil, Inst de Derecho Civil de la Fac de Cs Jcas y Soc de La Plata

Analiza también la evolución histórica de la responsabilidad en nuestro derecho, y los supuestos de responsabilidad más allá de la culpa que ya existían en nuestra legislación, y no admite que se les considere exclusivamente subjetivistas

³¹ Lo son o bien por su naturaleza o por la forma de uso, y estarían comprendidas las industrias que trabajan con solventes, pirotecnia, gases, productos químicos; además todo daño por instalaciones eléctricas o por utilización de energía nuclear y, en sentido general, toda fuente energética que pueda causar daño

Por su parte Mosset Iturraspe³², en un trabajo considerado especialmente valioso por su poder de síntesis, ha expresado que la responsabilidad en el Código de Vélez, en seguimiento del Código francés tenía una marcada orientación moralista e individualista, pero sin perjuicio de esas tendencias se admitieron supuestos excepcionales: el daño causado por un animal feroz, art. 1129; el originado en un hecho involuntario con base en el enriquecimiento, art. 907 y lo mismo aconteció en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación, los arts. 1118, 1119, y en los casos de evicción y vicios redhibitorios.

Expreso que una interpretación inteligente del Código de Vélez permitió a la doctrina y jurisprudencia nacionales extraer otros supuestos de responsabilidad sin culpa: responsabilidad del principal por el hecho dañoso de su dependiente (art. 1113), responsabilidad del guardián por el daño originado en cualquier cosa inanimada (art. 1113). Pero, a falta de un texto legal, se debió recurrir a presunciones de culpa que no admitían prueba en contrario y que sólo permitían la exoneración del agente con base en la prueba del caso fortuito³³.

La reforma de 1968, ley 17.711, incorpora al Código Civil una responsabilidad típicamente jurídica. Ello aparece en los arts. 907, responsabilidad por hechos involuntarios, y 1113, responsabilidad por riesgo creado; acepta, una responsabilidad más factible o matizada, con base en el principio de equidad³⁴.

En el Código Civil, luego de la reforma de 1968, coexisten dos sistemas de responsabilidad: la fundada en culpabilidad y la basada en el riesgo creado. La responsabilidad por riesgo creado no tiene como presupuesto único la relación de causalidad entre el hecho riesgoso y el daño, están presentes todos los presupuestos ordinarios de la responsabilidad: autoría, antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación causal.

Al agente se le imputa haber multiplicado o potenciado con su conducta el peligro de dañosidad, cuando se concreta en un daño, configura una conducta antijurídica.

Reconoce fundamentos plurales: la justicia y la equidad, desde un ángulo mediato; el “interés activo” desde uno inmediato. Este último puede explicitarse así: quien desenvuelve en su propio interés una

³² Mosset Iturraspe, Jorge , La recepción de la teoría del riesgo creado por el Código Civil a través del art 1113, LL, 1979-D-713

³³ “La evolución desde una responsabilidad imputable exclusivamente a culpabilidad, culpa o dolo, hacia una sin culpa imputable a riesgo creado, ha estado marcado por un largo período de “ficciones jurídicas” —meras mentiras legales— caracterizado por culpas normativas, presuntas e inconscientes”.

³⁴ “La “responsabilidad equitativa” permite al juez hacer lugar o no a la reparación solicitada en el caso del art. 907; moderar el *quantum* del resarcimiento en los supuestos de ilícitos culposos o ilícitos imputables a riesgo creado, art. 1069”.

actividad peligrosa, debe sufrir las consecuencias previsibles provenientes de ella.

Expresa que los daños atribuibles a riesgo creado deben ser resarcidos en el terreno extracontractual, con el mismo criterio que impera en los actos ilícitos, son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas, y los daños morales. La causalidad adecuada se aprecia en la responsabilidad por riesgo creado según la previsibilidad objetiva de un hombre medio (art. 906).

En una posición distinta encontraremos a Llambías³⁵ quien adopto una postura adversa y extrema al analizar la reforma³⁶. Su interpretación es literal y no aparece como aceptada por la mayoría de la doctrina.

Critica la incorporación de la teoría del riesgo, ya que vulnera, a su criterio, principios esenciales del ordenamiento jurídico, opina que se propugna una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues no es posible resolver sobre la responsabilidad, haciendo abstracción del verdadero estado de conciencia del inculpado, se responde, no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del que, como condición *sine qua non*, provino el daño.

La considera una concepción regresiva de la responsabilidad civil que arrasa con toda valoración de la conducta de la gente y arruina el cimiento moral del orden jurídico.

Cree que no es susceptible de coordinación lo dispuesto por el art. 1067 y la doctrina del riesgo incorporada por el art. 1113. Ello sólo sería posible si la responsabilidad por riesgo jugara en un ámbito limitado, por ejemplo, en el caso de accidente causado por vehículos, pues habría un principio general de responsabilidad por culpa y una especie, para cierto sector particular previamente delimitado, de responsabilidad por riesgo pero sin culpa. Opina que es contradictorio el funcionamiento simultáneo de dos principios genéricos de responsabilidad por culpa y por riesgo

Acdeel Salas³⁷, al examinar la reforma, expreso que en los supuestos de daños causados con las cosas, el nuevo apartado presume la culpa del dueño o guardián y que la mayor parte de los hechos ilícitos quedan comprendidos en su ámbito, debiendo atribuírsele el alcance que le daba la jurisprudencia que es el que gramaticalmente corresponde.

³⁵ Llambias Jorge J, Estudios de la Reforma del código Civil ley 17711 JA 1969

³⁶ Al extremo de considerar comprendido en los daños causados con cosa todo supuesto en que interviene una cosa en la producción del daño.

³⁷ Salas, Acdeel, La responsabilidad en la Reforma del Código Civil, JA 1969

Critica la expresión “...si el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa”, pues el daño no es causado por el riesgo de la cosa sino por la cosa que presenta riesgos, es decir, por la cosa peligrosa, concepto dentro del cual se debe incluir a las cosas con vicios aptos para causar daños.

Consideraba que la adopción de dos teorías distintas para resolver un mismo problema sólo puede traer incertidumbre³⁸; y además no confiaba en una aplicación adecuada del principio de la peligrosidad

Juan J Casiello³⁹, al analizar la respuesta a los problemas de la responsabilidad y en especial la moderna concepción de la teoría de la garantía de los derechos, expresa que su contenido es objetivo; estima que hay daños que no pueden ser causados impunemente pues no hay casi derechos subjetivos que por su naturaleza autoricen a un individuo a matar o a herir a un semejante, o aun a dañar sus bienes materiales.

Considera que los daños de esta naturaleza son ilícitos *per se*, aunque ninguna culpa los acompañe, constituyen un atentado a los derechos de la víctima⁴⁰, la razón de ser de la responsabilidad es que hay un mínimo de seguridad sin el cual no puede existir ninguna sociedad civilizada.

4. El riesgo creado: el riesgo de actividad y la cuestión de las actividades riesgosas

En la posición del IV Congreso Nacional de Derecho Civil el *riesgo creado supone incorporar al medio social una cosa, que por su naturaleza o su forma de uso, importa un peligro potencial de daños*

En las II Jornadas Sanrafaelinas se dijo que se crea un *riesgo* cuando la cosa, por un acto anormal —habida cuenta del destino para el que regularmente sirve según su naturaleza— está en situación virtual de ser por sí causa de un daño. Se sostuvo que la ley 17.711, no ha formulado una categoría rígida de cosas “riesgosas”, y debe ponderarse en cada caso, sí, en razón de haber quedado la cosa fuera del contralor del guardián —por su riesgo o vicio— y desempeñando un “papel activo”, causó un daño en violación del deber de no causarlo.

Según Orgaz el art. 1113 del CC considera dos supuestos de daños: el resultante del *riesgo* y el proveniente del *vicio* de la cosa. Los dos no son idénticos ni en sus fundamentos ni en sus efectos, el riesgo se

³⁸ Consideraba que no se sabe si el daño causado por un automotor será considerado un daño causado con la cosa o por el contrario, emergente de una cosa peligrosa

³⁹ Casiello, Juan J, Viejos y nuevos enfoques sobre la responsabilidad civil, LL 135

⁴⁰ El autor de la injuria, no puede escudarse en ningún poder legal de dañar, y su actividad dañosa origina obligación de reparar

funda en la creación de un riesgo particular de daños, en razón de la naturaleza peligrosa de la actividad desarrollada o de los medios utilizados. Se trata de una responsabilidad absolutamente objetiva o sin culpa: es una responsabilidad por actividades lícitas o por el empleo lícito de cosas, pero que entrañan peligro para otras personas.

Garrido y Andorno en su libro sobre el art 1113 dicen “Afirmamos que no es admisible en una sociedad progresista que existan daños sin la correspondiente reparación. Los paliativos por presunciones de culpa, si bien aptos para obtener el justo equilibrio, en determinados supuestos resultan insuficientes, en especial cuando se incorporan medios de notoria actitud dañosa pero que socialmente permiten una mejor producción o una distribución más eficaz de los bienes. En tal situación, la reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento dañoso o peligroso y del beneficio obtenido con su utilización” ⁴¹.

Zavala de González señala⁴² que el riesgo de la cosa es siempre un peligro de daño, es inherente a ciertas cosas, proviene de las características normales de ella, se infiere de la naturaleza o destino de acuerdo a la experiencia y sin necesidad de demostración particular autónoma, es un peligro lícito y socialmente aceptado como contrapartida de los beneficios sociales o económicos que importa la introducción, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas y que el daño nunca deriva del solo riesgo de la cosa, requiere su conjunción con otro hecho que agrave o concrete ese peligro.

Enseña Bustamante Alsina⁴³ que las cosas pueden tener un peligro estático o dinámico, en el primero es necesario un factor externo para

⁴¹ Garrido, Roque F y Andorno Luis , Ob cit.

Dicen también que observando sus reseñas anteriores sobre la formulación teórica en el derecho francés, también llegan “a la misma conclusión de Ripert y Boulanger. En el fondo es una cuestión en la que más juega la defensa de una postura anterior que el problema de la responsabilidad. La diferencia en la aplicación práctica resulta prácticamente nula cuando se toma la presunción de culpa —como se hace en el derecho francés— como una presunción de causalidad o, mejor expresado, una presunción de responsabilidad a pesar del rechazo de estos términos y —en nuestra legislación— cuando se sostiene y se legisla disponiendo la existencia de responsabilidad por riesgo. La identidad de efectos emerge de las excusas absolutorias, comunes para ambos supuestos y que consisten exclusivamente en la culpa de la víctima, en el hecho de un tercero por quien no se debe responder o en la concurrencia de la causa general de exoneración de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito extraño a la cosa”

⁴² Zavala de González, M ob cit pag 61

El vicio trasunta un defecto en la fabricación o conservación de la cosa que puede o no crear un peligro pero cualquier cosa puede tener un vicio. el vicio que es un defecto extraña alguna anomalía en ella. El vicio exige una prueba especial que ponga en relieve el defecto de la cosa.. el peligro creado por una cosa viciosa es siempre reprobado en el vicio la sola utilización o las fuerzas naturales desenvuelven la potencialidad dañosa que encierra el defecto de la cosa.

⁴³ Bustamante Alsina, Jorge , Teoría General de la responsabilidad , Ed Abeledo Perrot

desencadenar el daño, en el segundo caso se trata de cosas que llevan el riesgo latente en su accionar, es la cosa en acción, puesta en movimiento

Dice Pizarro⁴⁴. que nos encontraremos con una cosa riesgosa por su naturaleza cuando su empleo normal conforme a su estado natural pueda causar daños a terceros y que es importante el uso que el hombre le de, por ejemplo el funcionamiento (auto), su estado (arma cargada) o la localización (madera que cae de en un camión)

La experiencia común indica que existen numerosas cosas susceptibles

hoy de causar daños, tales los compuestos químicos incorporados a los fertilizantes, los gases inflamables, los elementos corrosivos utilizados en la industria, etc.

Estas cosas llevan en sí, en su naturaleza, una dañosidad potencial, la que no puede ser contemplada como una cosa inerte cuya intervención únicamente puede atribuirse a la actividad de la gente.

Es exacto que su incorporación al medio tiene en definitiva el presupuesto de una actividad humana, aun cuando pueden en ciertos casos existir como consecuencia propia de una actividad de la naturaleza. Tal el caso, por ejemplo, de manantiales de agua que pudiera ser tóxica por el contenido excesivo de elementos nocivos para la salud del hombre o de otros seres vivos.

Que existan cosas peligrosas en sí, no excluye que en la casi totalidad de los casos han sido incorporadas al medio ambiente por una actividad humana, generalmente con fines de lucro o de beneficio para un grupo determinado⁴⁵.

Existen entonces cosas riesgosas por su naturaleza, respecto de las cuales no corresponde examinar su forma de utilización pues, aun siendo ésta normal, cabe la posibilidad de la producción de daños un ejemplo de ello lo tenemos en el PCB y esta expresamente contemplado en la ley ambiental.

Hoy tiene especial importancia para la concreción de leyes especiales que regulen sus consecuencias dañosas y para la prevención de los daños, en tales casos la atribución recae sobre quien ha incorporado al medio esa cosa peligrosa por su naturaleza

⁴⁴ Pizarro, Ramón D ob cit T 2 Pag 121

⁴⁵ Producido el evento explosivo, al propietario de un depósito de artículos de pirotecnia le cabe la responsabilidad y no podrá pretender demostrar la falta de culpa en el contralor de esos artículos, porque tales cosas son, por sí, susceptibles de causar daños y su imputabilidad ya está en haberlas incorporado al medio. Solo procede la ruptura del nexo causal

En el derecho comparado y también en la Argentina se sostiene que no debe darse un carácter extremadamente expansivo a la aplicación de la teoría del riesgo, ella debe estar para aquellos supuestos en que se han incorporado al medio factores que por su naturaleza o forma de uso son potenciales productores de daño y donde se requiera la más inmediata protección de los damnificados

Pizarro, como varios de nuestros autores, sostiene que nuestro legislador no ha creído conveniente limitar los supuestos de daños causados por riesgo a casos específicos sino se limito a fijar pautas genéricas quedando en poder del magistrado la determinación en cada caso de su procedencia.

Por nuestra parte confiamos en una adecuada interpretación finalista y realista realizada por los jueces para ir adecuando la norma a las nuevas realidades⁴⁶.

Se ha planteado desde la recepción del riesgo la posibilidad de aplicación analógica a situaciones en que sin necesidad de cosas o bien teniendo ellas un rol secundario produzcan un daño por una actividad. Es una interpretación dinámica apoyada en el espíritu de la teoría del riesgo.

Una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (características ordinarias propias y normales) o por las circunstancias de su realización genera un riesgo o peligro a terceros.

La cuestión pasa por el grado de previsibilidad y poco importa que intervenga o no una cosa ej son los medios masivos de comunicación, la informática, los servicios.

46

Casos extraídos de la Jurisprudencia

- a) Armas de fuego, explosivos y artículos pirotécnicos
- b) Ascensores y montacargas Pueden ser riesgosa o viciosa
- c) Sierras
- d) Jeringas infectadas con HIV
- e) Electricidad
- f) Guinches, gruas
- g) Lancha con motor fuera de borda
- h) Natatorios Piletas, espejos de agua (Jiménez c Esta Nac)
- i) Minas
- j) Obstáculos en lugares de acceso publico, zanjas, montículos, baches
- k) Pisos resbaladizos
- l) Vidriera
- m) Tractores y maquinas viales
- n) Cosas expuestas a caer (cornisas mampostería de edificios)
- o) Cosas que explotan
- p) Aviones, automóviles, trenes
- q) Cigarrillos
- r) Agua caliente
- s) Hidrocarburos
- t) Productos químicos

Zavala de González⁴⁷ expresa que una actividad puede ser peligrosa por su naturaleza (con motivo de sus características intrínsecas o habituales) o por las circunstancias con que se desenvuelve (a raíz de los medios empleados en la ejecución u otros accidentes de lugar, tiempo o modo)

Para Pizarro⁴⁸, posición que compartimos: la ley argentina comprende tres categorías . los daños causados por cosas riesgosas o peligrosas por su propia naturaleza,(sin importar que ese riesgo sea normal o anormal, regular o irregular, propio o impropio), los daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada mediante utilización o empleo de cosas y también los daños por actividades riesgosas sin intervención de cosas.

El citado autor⁴⁹ estima que una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es por sus características propias, ordinarias y normales), o por las circunstancias de su realización (lugar tiempo o modo) genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas. Recalca que se trata en general de actividades que son consentidas por la utilidad social que representan y que derivan dañosas para terceros.

El termino actividad manifiesta la posible existencia de varios hechos humanos, pudiendo combinarse con otros elementos materiales o inmateriales, poniendo Pizarro y Zavala a la empresa como ejemplo.

En el derecho español, hace ya muchos años Puig Brutau con su análisis jurídico y sociológico, señalaba que los fenómenos sociales cuya existencia no está plenamente reconocida, producen sus primeros efectos a través de rodeos y ficciones⁵⁰.

En el caso concreto de las actividades peligrosas, este autor, recuerda que cuando se inventó el motor de explosión y la autoridad no lo prohibió, sino que favoreció su adopción para diversos usos, en especial para el transporte de personas y de mercancías, era fácilmente previsible que se produjeran accidentes y que hubiere víctimas, con independencia del examen de cada uno de los accidentes .

La víctima inocente de una actividad peligrosa debe recibir indemnización en todos los casos, con independencia de la

⁴⁷ Zavala de Gonzales Matilde, ob cit pag 197

⁴⁸ Pizarro Ramón D, ob cit pag 122

⁴⁹ Pizarro Ramón D, ob cit pag 161

⁵⁰ Señala la incidencia de la legislación de accidentes de trabajo, y que no debe sorprender esta referencia si se tiene en cuenta que algunas innovaciones legislativas sobre indemnización a las víctimas de accidentes de la circulación, siguen la pauta de la legislación de accidentes de trabajo y representan una elocuente manifestación de la moderna tendencia a la socialización del riesgo en derecho privado

responsabilidad del autor material del daño, indica que los fenómenos esbozados seguramente corresponden a una evolución cuyo término habrá de ser la protección de víctimas de actividades peligrosas, con independencia de la existencia de culpa en el autor del daño, pero sin que por ello se deje de castigar con rigor al culpable cuando exista.

Recordemos para cerrar que el Código Civil Italiano de 1942 fue el primer ordenamiento que lo consagró, aunque su fórmula alude a un encuadre subjetivo, con inversión de la carga probatoria, la doctrina fue trasladándose a una concepción más objetiva.

Visintini⁵¹ al tratar el tema expresa que la norma no distingue entre quien ejerce una actividad de empresa y un particular que organiza una actividad peligrosa sin fines de lucro y también la Administración puede ser sujeto pasivo del art 2050. Recuerda que la jurisprudencia italiana ha considerado actividades riesgosas por ejemplo la producción de fármacos, la actividad ferroviaria, la producción y transporte de garrafas de gas, las actividades portuarias, la actividad hotelera, etc debiendo distinguir entre peligrosidad de la conducta (con base en un criterio subjetivo) y peligrosidad de la actividad en sí misma (con base en un criterio objetivo)

5. Los Principios de Derecho Europeo de Daños

En materia de Daños en Europa se ha conformado un grupo de expertos de varios países que han elaborado una serie de Principios en dicha materia, podemos mencionar que se le otorga el carácter de principio general a la obligación de reparar los daños sufridos por otra persona⁵²

El daño puede imputarse cuando se haya causado por una conducta culposa o una *actividad anormalmente peligrosa* (Art. 1:101 b)) o por un auxiliar en ejercicio de sus funciones.

El alcance de la responsabilidad está previsto en la Sección 2, hablando en Art 3:201 a) de la previsibilidad, fijando la pauta de la

⁵¹ Visintini, Giovanna, Tratado de la responsabilidad Civil, T 2, pag 418 y ss, Ed Astea

⁵² Entre los intereses protegidos está la vida, la integridad física y síquica, la dignidad humana (Art 2:102)

Al hablar de la responsabilidad de la empresa conceptúa al “defecto” como toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.

El art.7:102 en las causas de exoneración menciona como causa la conducta de un tercero y y la fuerza de la naturaleza. El Art.8:101 establece la influencia de actividad concurrente de la víctima pudiendo excluirse o reducirse la responsabilidad.

Se reconoce que la indemnización tiene efectos compensatorios pero que también contribuye a la finalidad de prevenir el daño.(Art10:101)

Finalmente en el Art 10:401 se establece que en casos excepcionales puede reducirse la indemnización si comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes

previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando en especial la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y sus consecuencias o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad en el Título III se menciona la responsabilidad por culpa (Capítulo 4, Sección 1 y 2) y la *responsabilidad objetiva* (Capítulo 5) en el primer supuesto refiere al estándar de conducta exigible (4:101) y al explicarlo dice que consiste en el de una persona razonable mencionando entre otros aspectos la peligrosidad de la actividad

En el Capítulo 5 engloba a las *actividades anormalmente peligrosas* y a otros supuestos de responsabilidad objetiva (5:102)

Dice el art 5: 101 *Actividades anormalmente peligrosas* (1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde *objetivamente* por el *daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.*

(2) *una actividad es anormalmente peligrosa si a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque emplee todo el cuidado debido en su ejercicio b) no es una actividad que sea objeto de uso común*

(3) *el riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.*

(4) este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional

Art 5: 102 Otros supuestos de responsabilidad objetiva (1) Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de *actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas.*

(2) A menos que una ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva *pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño.*

Al emitir su opinión sobre este proyecto Fernando Reglero Campos sostiene que no varía sustancialmente del esquema vigente en la mayor parte de los ordenamientos europeos, un principio general de responsabilidad por culpa y la previsión de sistemas objetivos de responsabilidad en las actividades de riesgo y manifiesta que el Proyecto se enrola en la distinción entre actividades “anormalmente peligrosas” y “meramente peligrosas”⁵³.

⁵³ Reglero Campos, Fernando, Culpa y Riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad, PDF

Nosotros queremos apuntar como significativo en lo atinente a la responsabilidad objetiva la aplicación de la analogía salvo normativa expresa, situación que sostenemos aplicable en la Argentina al art 1113 C.C., el art 40 LPC, art.184 C de Com, leyes ambientales etc.

6. Los proyectos de reforma

Luego de la reforma de la 17711 se han sucedido en la Argentina ciertos intentos reformistas de nuestra legislación, si pasamos revista a los mismos notaremos de un modo evidente la influencia que continua teniendo la discusión que se realizo en el IV Congreso en cuanto al tema de la responsabilidad objetiva y veremos también como varios de ellos buscan explicitar la responsabilidad por actividades riesgosas.

1) La unificación de la legislación civil y comercial de 1987

Art 1113, 2p, 2da parte si el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la incidencia de una causa ajena al riesgo o vicio.

Si la cosa hubiera sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

Lo previsto para los daños causados por riesgo o vicio de la cosa es aplicable a los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización.

En los casos de atribución objetiva del deber de reparar el daño, la indemnización se limitara a un equivalente a dos mil argentinos oro por cada damnificado directo. Dicho limite no será aplicable si el demandado (1) no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adopto todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño o (2) debió razonablemente haberse asegurado.

Adhiere a la aplicación de la responsabilidad por riesgo a las actividades riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización.

y a la limitación de la responsabilidad objetiva con excepciones

2) Proyecto de Reformas de la comisión del Ejecutivo D 468/92

Art 1556 la equidad, la garantía y el *riesgo* son factores objetivos de atribución de la obligación de reparar daños, *en los casos previstos por el ordenamiento judicial.*

Art 1590 el dueño y el guardián son responsables indistintamente del daño causado por o con la intervención activa de las cosas, muebles o inmuebles, animadas o inanimadas, de las cuales son propietarios, se sirven o tienen bajo su cuidado. Para eximirse total o parcialmente deberán demostrar la incidencia de una causa ajena; tampoco responderán si prueban que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.

Lo previsto para los daños causados por o con la intervención activa de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización.

Adhiere a la aplicación de la responsabilidad por riesgo a las actividades peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización, puntualiza la intervención activa, menciona al riesgo como uno de los factores objetivos para los casos previstos por el ordenamiento.

3) Proyecto de la Comisión federal de 1993

Art 1109 la adjudicación de un daño al agente que lo causa, puede basarse en factores subjetivos en grado de dolo o culpa o en *factores objetivos de atribución*.

Art 1113, 2par, 2 parte, si el daño hubiera sido causado por el *riesgo de la cosa*, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la incidencia de una *causa ajena al riesgo de ella*.

Si la cosa hubiere sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable

No alude a las actividades riesgosas, si se manifiesta, por la existencia de factores objetivos de atribución en un pie de igualdad con los subjetivos. En caso de riesgo de la cosa la ruptura obedece a causa ajena al riesgo de ella

4) Proyecto de unificación de 1998

Art 1602 Atribución de la responsabilidad La responsabilidad es atribuida en los casos y conforme a las circunstancias en que lo dispone la ley o lo estipulen las partes.

A falta de norma legal o de estipulación de partes el factor de atribución es la culpa

Art 1606 Responsabilidad objetiva La responsabilidad se denomina objetiva si *conforme a la ley o a la estipulación de las partes la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla*

El dueño responde concurrentemente si se ha desprendido voluntariamente de la guarda y la cosa es usada conforme a su voluntad expresa o tacita.

Art 1661 Hecho de la cosa y actividades toda persona responde por el daño causado *con intervención de cosas* de las que se sirve o tiene a su cuidado o por la realización de *actividades especialmente peligrosas*.

Art 1662 Cosa riesgosa Se considera cosa riesgosa a la que *tiene en si misma aptitud para causar daños frecuentes o graves , por sus propias cualidades o por las circunstancias en que es utilizada*.

Art 1665 Actividad especialmente peligrosa quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella por si o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

Se considera actividad especialmente peligrosa a la que por su naturaleza o por las circunstancias en las que es llevada a cabo tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves

Queda a salvo lo dispuesto por la legislación especial

Art 1666 Liberación Quien esta sujeto a responsabilidad conforme los arts 1662, 1663, y 1665 solo se libera de ella total o parcialmente si prueba que la causa del daño es la *culpa del damnificado*.

No son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena

Art 1634 Limite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva En los casos previstos por los arts 1662, 1663, y 1665 la reparación del daño queda limitada a la cantidad de 3000.000 \$ por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al art 1166

El responsable no tiene derecho a prevalerse si

- a) si actuó sin diligencia y en especial si no adopto las medidas de prevención razonablemente adecuadas.
- b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo.
- c) Si tomo un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que interpelado el responsable ponga a disposición de aquel esa indemnización dentro de los 30 días
- d) Si se convino una indemnización mayor

Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple.

Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial.

Mucho se ha escrito sobre este proyecto, lo que nos releva de hacerlo aquí, podemos puntualizar que considera a la culpa norma de clausura del sistema de responsabilidad, establece que se entiende por responsabilidad objetiva y también hace lo propio con la actividad especialmente peligrosa (por su naturaleza o por las circunstancias en las que es llevada a cabo), fija topes indemnizatorios .

7. La Ley de Defensa al Consumidor y Las leyes ambientales

Tomemos a modo de ejemplo para demostrar la captación e importancia de la teoría del riesgo dos ordenamientos que consagran la responsabilidad objetiva en la Argentina, aunque no los analicemos en profundidad.

Con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la ley 24240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporo al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, es sabido pero cabe igual la aclaración, que había sufrido el veto presidencial del art 40 que justamente imponía la responsabilidad de la cadena de comercialización (por ley 24.499 quedo nuevamente establecido). Con la reforma constitucional en 1994 dicha protección llego a su máxima expresión y en el 2008 la ley es nuevamente reformada

Con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló a nuestro modo de ver una de las normas mas importantes, aunque idéntica solución era viable por la aplicación de los arts 1119 , 1198 y 1113 del Código Civil. El art 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño no se produjo en ocasión del transporte⁵⁴.

Los miembro de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena..”, creemos que esto, sólo puede entenderse como que podrá probar la ruptura del nexo causal en alguna de las formas

⁵⁴ “ si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberara total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”

establecidas para el Art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo a la actividad)

Podemos observar que a nivel Nacional se ha modificado la legislación ambiental se ha dictado la Ley 25612 del 2002 de Gestión Integral de Residuos industriales y de actividades de servicios, estableciéndose los presupuestos mínimos de protección con consagración de la responsabilidad objetiva considerándola cosa riesgosa en los términos del art 1113 del CC y donde podemos señalar como muy importantes los arts 40, 41,42 y 43 .

El art 1 entiende por residuo cualquier elemento, sustancia, u objeto en estado sólido o semisólido, líquido o gaseoso obtenido como resultado del proceso industrial. Y por proceso industrial toda *actividad*, procedimiento, desarrollo u operación , de conservación, reparación o transformación en su forma, esencia, cantidad o calidad de una materia prima o materia para la obtención de un producto final mediante la utilización de métodos industriales.

También podemos mencionar la Ley 25670 que consagra los Presupuestos mínimos de protección ambiental para la Gestión de los PCBs en todo el territorio de la Nación señalando en su art 2 inc d) la prohibición de ingreso al país de PCBs y e) la prohibición de producción y comercialización de dicha sustancia. El art 19 establece que se presume que el PCBs y los PCBs usados y todo aparato que contenga dicha sustancia, es *cosa riesgosa* en los términos del art 1113.

En concordancia con esto la Ley general del Ambiente considera a los factores objetivos como fundamento para la obligación de reparar.

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

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

Repetimos una vez más que con respecto al daño ambiental y los daños a los consumidores, el problema es de enorme interés y

complejidad, ya que por su naturaleza es un daño colectivo, afecta a comunidades de individuos y a la sociedad toda⁵⁵.

8. Merituacion final

Vivimos en un mundo tecnificado y globalizado en el que las circunstancias que rodean la vida del hombre son cada vez mas complejas, se habla un mundo de riesgos de continuos peligros⁵⁶. todos soportamos ciertos riesgos latentes y nos beneficiamos en mayor o menor medida del avance de la ciencia y de las técnicas

En el camino recorrido desde el paradigma absoluto de los factores subjetivos hasta la instauración de los fondos de compensación del sistema de Nueva Zelanda se han planteado una serie de cuestiones como la que hoy nos ocupa, la de los daños causados por el riesgo y el de la actividad riesgosa.

Por otra parte frente a los intentos de armonización europeos y las discusiones que hoy continúan sobre si la culpa es o no la norma de clausura del sistema, creemos que estamos frente a dos sectores que pueden ser armonizados sin considerar que el fenómeno numérico de ocurrencia implique una soberanía del elemento objetivo sino que evidencia esa coexistencia y el ajuste a las circunstancias actuales que siempre reclamamos

Hay que tener presente que no solo enfrentamos una cuestión terminologica como que debe entenderse por riesgo, sino además, una cuestión de política legislativa en lo atinente a si se debe propugnar cláusulas normativas abiertas, o, sistemas especiales aglutinantes de ciertos riesgos identificados (por ejemplo los concernientes a accidentes de automotores o los daños por productos) y varias cuestiones vinculadas como son el traslado de las indemnizaciones de estos tipos de daños a los precios de los bienes, la cobertura de estos riesgos por los seguros, el costo de las medidas de seguridad, situaciones que hacen al coste de los accidentes en la terminología de Calabresi y todo ello sin que se pueda descuidar la faceta preventiva aplicable a quienes son los creadores del riesgo .

Si queremos un régimen humanista, debemos respetar todos los aspectos de la complejidad del sistema, por ello, adherimos firmemente a la teoría del riesgo creado y consideramos que las actividades riesgosas tiene cabida en una interpretación finalista y dinámica de las normas; y aun si acudiéramos a un método de interpretación histórico debería arribarse a idéntica solución (conf lo expresado en las III Jornadas y el IV Congreso), pero para despejar

⁵⁵ Garrido Cordobera, Lidia M R Los daños colectivos y la reparación, Ed Universidad

⁵⁶ Zavala de Gonzáles, Matilde , ob cit., pag 23 y ss

cualquier atisbo de duda y las críticas es que propiciamos una reforma que la establezca expresamente.