

El art. 1757 del Código Civil y Comercial y el riesgo creado

Por Jorge Mario Galdós

I.- Introducción

Nos proponemos efectuar una breve reseña de las principales características del riesgo creado y del vicio de las cosas, previstos en el art 1757 del CCyC, norma que es equivalente al anterior art. 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield, con la reforma del año 1968 ¹. Dejamos pendiente para otra oportunidad el análisis de las actividades riesgosas y peligrosas contempladas también en el citado artículo.

II.- El art 1757 CCyC y el riesgo y vicio de las cosas. Principales notas distintivas

1) El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado dispone: “Art. 1757 – Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

2) Las principales y más importantes notas distintivas del nuevo sistema – en síntesis enumerativa y descriptiva- son las siguientes:

-Se mantienen dos supuestos diferenciados de responsabilidad objetiva por la intervención de cosas: las derivadas de su riesgo (la eventualidad de que llegue a causar daño) y el vicio (defecto originario o derivado de la cosa). Se siguen las directivas de la Corte Nacional que señalan que “el riesgo “presupone la eventualidad posible de que una cosa llegue a causar daño” y el vicio “un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal” ². Existe – agregó- "una nítida distinción entre riesgo creado y vicio" y sostener que una cosa solo es riesgosa

¹ Ampliamos en Galdós Jorge M. “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación” Revista Derecho de Daños 2012-3-345 (Proyecto de Código Civil y Comercial) y en “El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado (el anterior art. 1113 Código Civil)” RCy S Año XVII-número 4. Abril 201, pag 155

² CS, 19/11/1991, "O'Mill Alan c. Prov. Del Neuquén" y JA, 1992-II-153 y Fallos 314:1512.

para terceros "importa restringir indebidamente su ámbito de aplicación, eliminando la responsabilidad por el hecho de las cosas", lo que "desvirtúa y vuelve inoperante el texto legal" ³.

- Se suprime la categoría de daños causados con las cosas y la presunción de culpa. El título de la Sección 7º, siguiendo el Proyecto de 1998, se denomina "Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades" lo que podría dar a entender que existe una categoría de cosas que no son riesgosas. Empero, pese a ello, los dos artículos de la Sección (arts 1757 y 1758 CC yC) no dejan margen de dudas de que se suprimió la responsabilidad del daño con las cosas prevista en el art. 1113 Código Civil de Vélez Sarsfield (2do párrafo primer supuesto) - equivalente al daño con las "cosas sin riesgo propio" del Proyecto de 1998- que contemplaba una presunción de culpa. La supresión de la referida categoría de daños con las cosas, que la jurisprudencia había demostrado que resultaba inoperante e impracticable, tiene una especial significación: en materia de daños derivados de la intervención de cosas la responsabilidad será subjetiva (arts 1721, 1724, 1725 CCyC) u objetiva (arts 1722, 1732, 1757, 1758 CCy C). Resulta relevante la incorporación de la actividad riesgosa y peligrosa (tema que dejamos pendiente para otra oportunidad) lo que, en general, aprueba la doctrina ⁴.

-El riesgo creado (comprensivo del vicio y de las actividades riesgosas o peligrosas) opera como norma de cierre de la responsabilidad objetiva porque el art. 1757 CCyC constituye el piso o umbral al que remiten las disposiciones específicas de otras responsabilidades agravadas, tanto de las leyes especiales como de la legislación general del mismo Código Civil y Comercial. Esta aseveración se vincula con la mencionada fuerza expansiva del riesgo creado y con el alcance interpretativo que corresponde asignar al art 1721. En efecto, dice ese artículo: "Factores de atribución. La atribución de un daño puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa".

En anterior oportunidad sostuvimos que en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se destaca que el art 1721 CCyC no desprotege a la víctima ni presenta riesgos de que no se apliquen los factores objetivos. Se lee en los

³ CS., 28/4/92, "Machicote Ramón c/ Empresa Rojas S.A.", DT 1993-A-555; CS, 4/10/94, "Castro Susana c/ Amadeo Quiroga Transportes S.A.", JA 1995-I-294, con nota de Isidoro Goldenberg.

⁴ En ese sentido Cerutti María del Carmen "La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas" en Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012-3- pag 327, 330 y ss.

referidos Fundamentos que la responsabilidad subjetiva por culpa recién operará cuando no hay ninguna norma ni es posible acudir a la analogía para suplir el vacío legal; “si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide su aplicación analógica, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma”. Por ello entendemos que la amplitud de la concepción de la responsabilidad objetiva prevista en el art 1723 CCyC, más la fuerza expansiva del riesgo creado (art 1757 CCyC) generará un rico casuismo que conducirá a que la culpa actúe como válvula de cierre del sistema en casos más bien limitados; es decir la culpa operará “residualmente” como norma de clausura. Creemos que de la interpretación del texto del art. 1721 CCyC, correlacionado con lo expresado en los Fundamentos, resulta que para tipificar el riesgo creado por las cosas o por las actividades riesgosas o peligrosas (arts 1722 y 1757 CCyC) se debe acudir a la analogía por lo que se verificará en la práctica una ampliación de los supuestos de hecho comprendidos en la responsabilidad objetiva, máxime teniendo en cuenta la cantidad de casos que resultaran de la aplicación de la legislación especial (art. 155 Código Aeronáutico; art. 336 ley de navegación 20.094; arts. 5, 6 y 40 ley 24.240; arts. 4 y 31 Ley de Riegos del Trabajo 24.557; Ley General del Ambiente - art 29 LGA 25.675-; ley de residuos peligrosos –art. 45 ley 24.051-; ley de residuos industriales, 25.612). Es decir, en suma, es admisible que se incorporen otros supuestos de riesgo además de los normados expresamente, toda vez que se deberá acudir a la culpa recién en caso de: 1) vacío legal en el código proyectado y en la legislación especial; y 2) de laguna interpretativa por la imposibilidad de acudir a la analogía en la legislación común y en la especial ⁵. Por ello el art 1721 CCyC no debilita la responsabilidad objetiva ni el riesgo creado ni hace prevalecer un factor de atribución sobre otro porque el sistema propicia y admite que ambos (culpa y riesgo) se completen entre sí.

-Cuando aludimos al riesgo creado como norma de remisión y de clausura de la responsabilidad objetiva en la legislación especial nos referimos a los supuestos particulares de responsabilidades agravadas que ahora tendrán como piso el art 1557 CCyC, por reenvío al anterior art 1113 Código Civil (vgr. la legislación especial mencionada en materia ambiental (arts 29 LGA 25.675) o de residuos industriales (art 40 ley 25.612) o residuos peligrosos (art 45 ley 24.051) u otros casos (vgr. la del propietario de una mina - art 58 Código de Minería-; Transporte Aéreo Nacional – ley 17.285-, , por daños nucleares –ley 17.048 y 25.313 entre otras) ya que el riesgo

⁵ Remitimos a Galdós Jorge M “La culpa como norma de clausura” RCyS. Marzo 2013 (Portada)

creado como factor de atribución de la responsabilidad está presente en numerosas responsabilidades especial ⁶.

-Cuando nos referimos al riesgo creado como norma de remisión y de clausura de la responsabilidad objetiva en la legislación general del Código Civil y Comercial Unificado aludimos a los supuestos de las responsabilidades objetivas especiales del nuevo Código. No debe perderse de vista que la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (que resulta de los arts 1716, 1717, 1721, 1722, 1725, 1726, 1728, 1082 y concs CCyC), lo que –como dicen los Fundamentos del Anteproyecto no significa homogeneidad- determina que el art 1757 CCyC también es aplicable para la reparación del daño contractual en los términos de la regla general que sienta el art 1082 CCyC (por ejemplo para la reparación de daños derivados de los contratos de transporte de personas o cosas, de hotelería, de contrato de obra, de contrato de servicios, de mandato, etc). Recordemos, de paso, que la unificación de ambas esferas de la responsabilidad resulta de las normas expresamente incorporadas y también de la supresión del art 1107 del Código de Vélez Sarsfield lo que sumado a la inexistencia en el nuevo Código de una norma equivalente. Se trata de la eliminación del artículo que disponía que no se podía acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual en caso de incumplimiento de un contrato, salvo que sea delito criminal ⁷. El citado art 1082 CCyC fija un orden de prelación en la aplicación de las normas: primero las propias de cada tipo contractual (por ejemplo para la reparación de daños derivados del transporte de personas o cosas se acude en primer lugar a las específicas del contrato de transporte; arts 1286,1291,1293, 1310, 1311 CCyC y concs), luego a las normas generales que regulan la extinción, modificación y adecuación del contrato (Capítulo 13 del Título II del Libro Tercero, arts 1076 al 1091 CCyC) y finalmente las normas generales de la responsabilidad (Libro Tercero, Título V, Capítulo 1º, arts 1708 a 1708 a 1781 CCyC). Se advierte que esta prelación resulta de una interpretación lógica del citado art 1082 inc a) CCyC y prescinde de la literalidad del texto que asigna otro orden (primero las generales de los contratos, luego las generales de la responsabilidad civil y luego las especiales de

⁶ Ver la enunciación de supuestos en Trigo Represas Félix “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado” en Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012-3-171.

⁷ Boragina Juan Carlos- Meza Jorge Alfredo, “Responsabilidad civil contractual y extracontractual” en Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012- 107.

los contratos). Otro ejemplo de coordinación de normas especiales y generales de daño contractual: la responsabilidad del hotelero comprende los daños o pérdidas de los efectos introducidos en el hotel, en el vehículo guardado en lugares del establecimiento o puesto a su disposición por él, salvo "caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera" (art 1371 CCyC); la responsabilidad por las cosas de valor extraordinario denunciadas y guardadas en caja de seguridad la responsabilidad del hotelero se limita al valor de lo declarado (arts 1369, 1370, 1371, 1372,1374, 1375 CCyC). Estas normas del depósito necesario se aplican a "los establecimientos y locales asimilables": "los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que presten sus servicios a título oneroso". Por su lado, los propietarios de casas de depósito se liberan de responsabilidad por la conservación de las cosas depositadas si prueban que la pérdida, disminución o avería de las cosas se produjo por su naturaleza, vicio propio o del embalaje y por caso fortuito externo a la actividad (art 1376 CCyC). En este supuesto también está presente la existencia del riesgo de la actividad de las casas de depósito (art 1376 citado). En definitiva: las normas específicas remiten al art 1757 CCyC en cuanto agraven o modifiquen los principios generales y comunes del riesgo creado por las cosas y las actividades riesgosas y peligrosas regulado en ese precepto legal.

- La responsabilidad objetiva por riesgo o vicio no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad ni sustituir las reglas de la causalidad jurídica por la mera causación material o fáctica.

-La responsabilidad objetiva por riesgo o vicio se desentiende de la atribución subjetiva del causante directo del daño (lo que resulta irrelevante para atribuir responsabilidad, como lo dispone el art 1721 CCyC) ya que la eximente actúa en la ruptura total o parcial de la relación causal, que debe alegar y probar el responsable presunto. Pero no existe obstáculo para la concurrencia y acumulación de la responsabilidad subjetiva del causante del daño con la objetiva del sindicado como responsable por el riesgo de la cosa o de la actividad.

Es importante destacar que mantienen actualidad y vigencia los principios generales elaborados por la doctrina y la jurisprudencia sobre el riesgo y el vicio de las cosas, sobre los que el nuevo Código no innovó, manteniendo vigor la aseveración de que el riesgo de la cosa, "es la contingencia del daño que puede provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por su naturaleza, en tanto y en cuanto por las especiales circunstancias del caso dado, haya resultado apta para llegar a

ocasionar el perjuicio, haya podido tener efectiva incidencia causal en su producción”⁸. Por lo tanto es pertinente reiterar que:

-“El fin específico del riesgo creado es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio con indiferencia de toda idea de culpa”⁹.

-“El riesgo creado regula la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y constituye el principio rector de la materia”¹⁰.

-Pesas "presunciones concurrentes sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otro, salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes" y "la neutralización de los riesgos no puede dejar de lado los factores de atribución de responsabilidad que rigen en este ámbito" ¹¹ .

El actor debe probar la legitimación activa y pasiva; la existencia del daño (que comprende, en la práctica, la prueba del hecho); y la relación causal entre el hecho y el daño. En palabras de la Corte Nacional al damnificado le “basta con probar el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” ¹² .

⁸ Trigo Represas, Félix, El concepto de cosa riesgosa en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Serie I -Anuarios-Anales-Segunda época, Año XXXIX, Nº. 32-1994, Bs. As. 1995, p. 367.

⁹ CS., 13/10/94, “Gonzalez Estraton Luis c/ Ferrocarriles Argentinos”, JA 1995-I-290.

¹⁰ CS, Fallos 310:2804 “Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/Provincia de Buenos Aires”, SCBA, 22/12/87, Ac. 33155 “Sacaba de Larosa Beatriz c/Vilches Eduardo y otro”, 8/4/1986.

¹¹ SCBA, Ac. 33155, 8/4/86 "Sacaba de Larosa Beatriz c. Vilches Eduardo y ot." LA LEY, 1986-D, 479, con nota de Trigo Represas, Félix A., Aceptación jurisprudencial de la tesis del riesgo recíproco en la colisión de automotores. C.S.J.N., 22/12/87 "Empresa Nacional de Telecomunicaciones c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 310:2804, ED, 128-281, JA, 1986-IV-579 y LA LEY, 1988-D, 297, con nota de Alterini, Atilio Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores; Cám. Nac. Civ., en pleno, 10/11/94, "Valdez, Estanislao Francisco c. El Puente SAT y otro s/daños y perjuicios", E.D. 161-402, LA LEY, 1995-A, 136, J.A. 1995-I-280.

¹² CSJN, 10/10/2000, “Contreras Raúl Osvaldo y otros c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A.”, Fallos 324:1344; CSJN, 23/11/2004, “Morales, Jesús del Valle c/Transportes Metropolitano Gral. San Martín SA”), Fallos 317: 1336; CSJN, 11/07/2006, "Rivarola, Mabel Angélica c/Neumáticos Goodyear SA", Fallos: 329:2667.

-Se insiste que "al actor incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" ¹³.

-La carga de la prueba de la relación de causalidad incumbe a la víctima ¹⁴, aunque esa regla se ha flexibilizado.

-La prueba de las eximentes debe ser fehaciente e indubitable, dada la finalidad tuitiva de la norma. El sindicado como responsable y una vez acreditado el riesgo de la cosa, debe asumir un rol procesal activo para demostrar la causa ajena y exonerarse total o parcialmente.

¹³ Fallos 313:1184; 316:2774; 323:2930; 327:5082.

¹⁴ CSJN, 23/10/2001, "Melnik de Quintana, Mirna Elena y otro c/ Carafi, Juan Manuel y otros", Fallos 324: 3618.