

Legitimación pasiva del consumidor frente a la responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas⁽¹⁾

Consumer passive legitimation in civil liability for risky and dangerous activities

Mario César Gianfelici | mariocesargianfelici@gmail.com

Florencia Romina Gianfelici | florenciarominagianfelici@gmail.com

Instituto de Derecho Civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional del Litoral

Resumen

El Art. 1757 del CCyCN no define a las «actividades riesgosas o peligrosas». Solo establece pautas para calificarlas como tal. Su noción es abierta, correspondiendo a la doctrina y jurisprudencia su delimitación, a fin de evitar desbordes conceptuales. La expresión «riesgosas o peligrosas» corresponde a un mismo concepto. Para que se configure el supuesto no es requisito la intervención de una cosa. Las actividades comprendidas no refieren a un «hecho aislado», sino a un conjunto de acciones, operaciones o trabajos desarrollados por una empresa u organización. Abarca tanto a las actividades intrínsecamente riesgosas como las que se tornan tales por los medios o circunstancias en que se realizan. Para calificar una actividad como riesgosa o peligrosa, el operador jurídico debe guiarse por el criterio estadístico, la existencia de controles especiales, las reglas de la experiencia o la caracterización legal expresa; tal la contratación de consumo mediante técnicas de comunicación electrónica o similares. Legitimados pasivos son las personas humanas o jurídicas que, por sí o por terceros, a título oneroso o gratuito, la realizan, se sirven u obtienen un provecho de ellas, en la medida que tengan cierta facultad de control o dirección en la

organización de las tareas, con exclusión de los profesionales liberales. No están comprendidos el mero ejecutor material ni el consumidor. Las eximentes son las propias del factor de atribución objetivo.

Palabras clave

consumidores · legitimación · responsabilidad · riesgo · peligro

Abstract

The Art. 1757 CCCN does not define risky or dangerous activities. It only give us some guidelines to qualify them. This open concept needs doctrine and jurisprudence delimitation to avoid overflows. Risky and dangerous; have the same meaning. Is not required to use something to configure this cases of responsibility. These activities included a set of actions, operations or works carried out by a company or organization, not an isolated event. It covers both intrinsically risky activities and those that become that by the means or circumstances in which them occurred. In order to classify an activity as risky or dangerous, the legal operator must be guided by statistical criteria, special controls requirement, the rules

⁽¹⁾ Trabajo realizado con fondos de la Universidad Nacional del Litoral a través de la programación CAID+D (Resol. C.S. N° 170/95), perteneciente al Proyecto: Situación jurídica del consumidor frente a terceros.

of experience or legal express characterization, such as electronically consuming contracts. Humans and legal persons are responsible for the damaged these activities caused when they do, use or obtain a profit from them, by themselves or by third parties, onerously or free of charge. It is also necessary that they can control or direct

the tasks organization. It is expressly excluded liberal professionals. The executor and the consumer are not included. Disclaimers are the same that those of objective attribution factor.

Key words

consumer · legitimation · liability · risk · danger

1. Introducción

Una de las novedades más significativas del nuevo CCyCN ha sido la regulación de la «responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas» en su Arts. 1757 y 1758. Lo novedoso es la consagración legal expresa, mas no el supuesto de responsabilidad en sí, que reconoce prolíficos antecedentes nacionales y extranjeros. En este sentido, es lugar común citar como precedente primigenio el Art. 2050 del Código Civil italiano de 1942, que textualmente expresa: «Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño». Dicha norma consagra una responsabilidad subjetiva, en que se presume la culpa. Aunque el deber de diligencia impuesto es máximo, desde que el presunto responsable para liberarse, debe acreditar «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño» (Parellada, 1987:993).

Pero no ha sido el único Código que ha contemplado el supuesto, sino que lo han hecho, entre otros: Portugal, Hungría (1959), México, Perú (1984), Bolivia (1975) y Paraguay, algunos sobre parámetros subjetivos de atribución y otros objetivos (Pizarro y Vallespinos, 2018:302).

En nuestro país, se reconocen numerosos antecedentes, pero con la particularidad de que lo recepcionaron como un supuesto de responsabilidad objetiva, a saber, el Anteproyecto de Llamadas de 1954 (Art. 1090) y todos los Proyectos de reforma de última generación, a excepción de Proyecto de Unificación de 1993 de la denominada «Comisión Federal» de la Cámara de Diputados.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia ensanchó el supuesto de la responsabilidad civil «por el riesgo o vicio de la cosa» incorporado por la Ley 17.711 en el Art. 1113, 2do. párr., 2da. pte. del Código Civil derogado, al de daños derivados de actividades riesgosas; primero cuando intervenían cosas y luego aún sin ellas. Fue precursora la jurisprudencia laboral, como fundamento de la responsabilidad patronal, ámbito en el que se sostuvo que el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño, sino en la actividad desarrollada con ella (Alterini; 1995:204). En el año 2015, la Suprema Corte de Bs. As. en la causa «Bogado c. Toledo», confirmó la condena contra una empresa contratista por la muerte de un menor que había sido atropellado por un camión que realizaba movimientos de tierra, con fundamento en que aquella era la única beneficiaria de la actividad de referencia (Galdós, 2016:893).

En el derecho italiano se aplicó esta especial responsabilidad a las actividades más diversas, a saber: empresas de construcción (particularmente si se utilizan andamios, hornos, etc.), molinos, industrias insalubres o tóxicas, utilización de calderas o máquinas, empresas ferroviarias y de tranvías, fábrica de explosivos, depósito de sustancias inflamables, organización y ejercicio de actividades deportivas (incluso el juego de bochas), actividad minera, transporte y distribución de energía eléctrica, la caza con armas de fuego, la manipulación de fuegos artificiales, uso de pesticidas, excavación de terrenos, ejercicio del esquí⁽²⁾.

La diferencia con el supuesto de responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa radica en que la responsabilidad por actividades riesgosas es más amplia (Alferillo, 2016:385). Ello en razón de que, para la configuración de ésta última, se prescinde de la necesidad de que intervenga una cosa, se tenga una especial relación con ella, o el modo como haya intervenido, lo que expande la legitimación pasiva.

2. Concepto de actividades riesgosas o peligrosas

El nuevo Código, como sus precedentes, no define a la «actividad riesgosa o peligrosa» (Galdós, 2016:894). Solo establece pautas para determinar sus alcances.

La primera cuestión que se presenta es la de precisar el sentido del doble adjetivo: «riesgosa o peligrosa». Para algunos, se trata de una sola figura, por lo que dichas expresiones pueden utilizarse en forma conjunta o indistinta (Pizarro y Vallespino, 2018:309). Otros consideran que se trata de dos supuestos: las actividades peligrosas completan e integran a las riesgosas, conformando un bloque de imputación objetivo por la interacción entre ambas (Galdós, 2016:896).

Hay acuerdo en que no es esencial que en la actividad intervenga una cosa de modo activo o pasivo (Pizarro y Vallespino, 2018:308; Galdós, 2016:896). Hay consenso en que el supuesto en estudio debe ser delimitado adecuadamente para no incurrir en desbordes conceptuales (Galdós, 2016:896), atento a que cualquier actividad podría ser calificada como tal, en cuanto fuese susceptible de causar un daño, con lo que se eliminaría la culpa como factor de atribución. Se discrepa acerca de cuáles son esos límites.

En tal orden, están quienes consideran que es menester que la actividad sea «especialmente riesgosa», es decir, que genere una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros (Pizarro Vallespino, 2018:308, 314). Tal el criterio del Proyecto del 98' (Art. 1665), que exigía que la actividad fuese «especialmente peligrosa», que tenga aptitud «para causar daños frecuentes y graves». En cambio, para otro punto de mira (Galdós, 2016:901 y ss), la ley no distingue entre actividades riesgosas y las especialmente riesgosas, por lo que no se debe diferenciarlas. Se generaría inseguridad jurídica haciendo depender la aplicación del supuesto a la previa calificación del riesgo.

Otro criterio halla el límite en el concepto de «actividad»: no sería un hecho aislado, sino una «conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica»; o bien «trasunta una idea de complejidad, de

⁽²⁾ Parellada (1987:993). Al respecto, la Comisión N° 3°, de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en la ciudad de Santa Fe, durante los días 26, 27 y 28 de Septiembre de 2019, concluyó: «interpretación: 7- No es fácil pronosticar cuales actividades riesgosas existirán en el futuro: la interpretación debe ser dúctil, abierta, genérica y flexible, con capacidad de adaptarse porque se corresponde con el espíritu dinámico del Código Civil y Comercial de la Nación y con el sistema de responsabilidad civil vigente». (Unanimidad).

conjunto, de proceso, antes que de fenómeno aislado o singular», por lo que el concepto de actividad aparece muy ligado al de empresa⁽³⁾.

Según la norma, el riesgo o peligro de la actividad debe juzgarse por a) su naturaleza; b) los medios empleados; y c) las circunstancias de su realización.

- a) Por su naturaleza: son aquellas actividades que, según el curso natural u ordinario de las cosas, son intrínsecamente riesgosas o peligrosas, con independencia de las circunstancias de su realización. Es decir, son aquellas que conllevan riesgo o peligro en sí mismas. Ej.: explotación de energía nuclear, gas o electricidad⁽⁴⁾. Se han excluido las actividades agrícolas en general, el embotellamiento de bebidas, la distribución de neumáticos (Pizarro y Vallespinos, 2018:314), entre otras.
- b) Por los medios empleados: se trata de actividades que normalmente son inocuas, pero que se tornan peligrosas por los instrumentos, mecanismos, aparatos o sustancias empleados para su ejecución, los que pueden ser peligrosos por la velocidad que desarrollan, la energía que contienen, su naturaleza explosiva o inflamable (Galdós, 2016:899).
- c) Por las circunstancias de su realización: la actividad es inocua al igual que los medios, pero se torna peligrosa por la modalidad de su ejecución, por lo que la calificación como riesgosa exige ponderar las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Así, una actividad que realizada en un lugar adecuado puede ser considerada como «no riesgosa», podría serlo si el lugar es inadecuado, por ejemplo, el traslado manual de cosas pesadas en una pendiente, etc.

Esta modalidad ha sido cuestionada. Hay quienes descartan el llamado «riesgo circunstancial», o bien que debe ser manejado con prudencia, en cuanto amplía excesivamente el campo de aplicación de la norma. Contra ello se ha observado que la ponderación de las circunstancias debe realizarse en abstracto, con prescindencia del reproche que merezca en concreto el indicado como responsable (Pizarro y Vallespinos, 2018:313).

Se ha dicho que, en el riesgo circunstancial, la actividad se torna peligrosa «por la conducta de quien la ejerce» (Galdós, 2016:899). Sin embargo, para otros, ello no configuraría el supuesto en análisis (Pizarro y Vallespinos, 2018:314).

De todos modos, lo relevante será que se concluya en que la actividad es riesgosa o peligrosa, independientemente del aspecto que la califique como tal. Al efecto, debe tenerse en cuenta: a) un criterio cuantitativo o estadístico, b) la exigencia de controles especiales para la actividad, por ejemplo, los que se imponen para la distribución y comercialización de gas, electricidad, producción, transporte y comercialización de armas, municiones, pirotecnia; c) lo que resulte razonablemente de las reglas de la experiencia

⁽³⁾ Galdós (2016:896 y ss); Zavala de González, Matilde (1988). La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil, en J.A., Tomo I, p. 905. La Comisión N° 3 de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Cit, al respecto concluyó: «Definición: 1- Conforme lo expuesto en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que surge del art. 1757, una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización pareciera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros ponderable conforme a una causalidad adecuada (Unanimidad)». Con lo cual, a nuestro juicio, se optó por el criterio de que la actividad sea especialmente peligrosa.

⁽⁴⁾ Pizarro y Vallespinos (2018:310); Galdós (2016:898 y ss).

(Pizarro y Vallespinos, 2018:312); o d) la previsión legal que así la considere. En suma, se trata de un *concepto jurídico abierto* que la doctrina y la jurisprudencia deberán perfilar a tenor de los casos que se presenten.

3. La contratación electrónica en los contratos de consumo y en los contratos por adhesión como actividad riesgosa

El Art. 1107 Código Civil y Comercial dispone:

Información sobre medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

Dicha norma, por una parte, viene a calificar, indirectamente, a la contratación de consumo a través de «técnicas de comunicación electrónica o similares», como una actividad riesgosa por los medios empleados⁶⁵. Por la otra, deja entrever la posibilidad de convenir que los riesgos inherentes a ella se trasladen al consumidor. Así, los eventuales daños que este sufre, no podrá reclamarlos al proveedor, contrariando los principios generales del sistema protectorio.

Resulta claro que las consecuencias del empleo de un medio de contratación riesgoso, deben estar naturalmente a cargo de quien toma la iniciativa de su empleo, en este caso, el proveedor. Si el proveedor, por ejemplo una entidad bancaria, estimula a sus clientes contratar por esta vía, lo que incrementa sin duda sus beneficios, nada más injusto que pretender hacer soportar los riesgos y peligros de su utilización al consumidor.⁶⁶

Por ello, interpretamos que una cláusula de traslación de tales riesgos constituiría una cláusula abusiva, debiéndosela tener por no escrita (Art. 988, inc. b; Art. 1122, inc. b, ccycn), desde que limitaría la responsabilidad del proveedor por daños (Art. 37, inc. a, Ley N° 24.240).

Resulta contradictorio en este sentido que el Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor, en su Art. 71⁶⁷, disponga la equiparación de los derechos del consumidor

⁶⁵ Ya las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, agosto 1987), recomendaron por minoría: «La provisión de bienes y servicios informáticos constituye una actividad riesgosa. Tiene su fundamento normativo en el actual 1113, 2da. parte del apart. 2° del Código Civil». Más recientemente, la Comisión N° 3 de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, admitió el carácter riesgoso de tal actividad contractual al declarar: «Enumeración Ejemplificativa de actividades riesgosas: 5- Puede incluirse en el elenco de actividades riesgosas, entre otras: la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y sistemas operados por inteligencia artificial (Unanimidad)».

⁶⁶ Gianfelici, Florencia Romina (2016) *Sistema de Banca por Internet. Su regulación normativa en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. En VI Congreso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática (CIIDDI). Libro digital ISBN 978-987-692-138-1. Disponible en http://fich.unl.edu.ar/ciiddi2016/wp-content/uploads/2017/03/7Sistema_de_Banca_por_Internet_GIANFELICI2C_Florencia_Romina_Trabajo_de_alumno.pdf

⁶⁷ Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor, Art. 71: «Equiparación de derechos. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización propuestas por un proveedor respecto de un consumidor».

electrónico al consumidor *off line* (Gianfelici, 2019). Desde que, en este último ámbito, como adelantamos, tales cláusulas deben ser tildadas de abusivas, mientras que en aquel *prima facie*, a tenor del CCYCN podrían ser válidas, lo que hemos impugnamos. No existe razón alguna para sostener la admisión de la cláusula de referencia dentro del espacio virtual, más aún cuando las actividades allí desempeñadas son calificables como riesgosas.

Si bien el Art. 72 del Anteproyecto de referencia⁽⁸⁾ reitera el deber del información al consumidor electrónico, lo exige desde una óptica mucho más amplia sin especificar exactamente su contenido como lo hace el Art. 1107 CCYCN. Así, solo se enuncia que deberá tratarse de información del mayor estándar posible, de manera tal que el consumidor logre comprender cabalmente sus derechos y sus obligaciones. Cabe preguntarse si la referencia a ese parámetro de calidad no esconde alguna intención traslativa de riesgos: ¿hasta qué punto la información, mentada en resguardo del consumidor, no puede ser empleada subrepticamente por el proveedor para eludir su responsabilidad alegando el cumplimiento de tal galardonado deber?

4. Legitimación pasiva

4.1 Aspectos generales

A tenor del texto expreso del Art. 1758, 2do, párr., CCYCN la legitimación pasiva luce muy amplia. Señala tres categorías de sujetos:

- a) Quien realiza la actividad: se ha dicho que no se trata del mero ejecutor material de la actividad, sino más bien el titular de la misma, esto es, quien la desarrolla «con un poder fáctico, autónomo e independiente de dirección sobre ella» (Parellada, 1987:994). Se trata del organizador, explotador o empresario, sea que actúe en interés propio o ajeno (Galdós, 2016:900). Quedaría descartado el dependiente que ejecuta materialmente la actividad.
- b) Quien se sirve de la actividad: es quien, sin ejecutarla materialmente, utiliza en beneficio propio la actividad que ejecuta un tercero, tal lo que sucede con las subcontrataciones, delegaciones, intermediaciones.
- c) Quien obtiene un provecho de la actividad: quien sin ejecutarla por sí o por terceros, se beneficia con ella, tal lo que acontece con las empresas de remises o teletaxis⁽⁹⁾.

Hay quienes consideran, por lo contrario, que debería excluirse como legitimado pasivo a «quien obtiene un provecho», por estar disociado con la creación del riesgo⁽¹⁰⁾. Al respecto, existen fallos preocupantes, tal el que hizo responsable a título personal a los accionistas de una sociedad anónima por los daños causados por las actividades riesgosas que esta

⁽⁸⁾ Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor, Art. 72: «Información al consumidor. En las diferentes etapas de la contratación electrónica se exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente consciente de sus derechos y de sus obligaciones. A estos fines, se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor.»

⁽⁹⁾ Pizarro y Vallespinos (2018:319) y Galdós (2016:900).

⁽¹⁰⁾ Galdós (206:900), quien trae a cita la opinión de Camilo Tale en su ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación.

realizaba (construcción de un shopping center)⁽¹¹⁾; o el que hizo responsable a un club de golf por la muerte del encargado de seguridad a causa de un disparo, siendo que este no era su empleado sino de la agencia de seguridad que había contratado.

Por ello, se ha sostenido que para ser legitimado pasivo no será suficiente con la realización de la actividad, el servirse o tener un provecho de ella, sino que además deberá tenerse cierta facultad de control o dirección en la organización de las tareas⁽¹²⁾.

Finalmente, podría tratarse tanto de una persona humana o una jurídica, privada o pública (por analogía), y de una actividad ejecutada a título oneroso o gratuito (Pizarro y Vallespinos, 2018:320).

4.2 Situación del consumidor

Dentro de la situación en la que se encuentran quienes obtienen un provecho de la actividad, merece especial atención la posición del consumidor. Consideramos que nunca se lo podría tener como responsable del servicio riesgoso o peligroso, en cuanto es un sujeto estatutariamente protegido. El CCYC, eje del sistema del Derecho Privado, en su Art. 1, manda resolver los casos «según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos».

Como se ha dicho, la norma impone explotar prácticamente la supremacía de la CN, extrayendo de dicho cuerpo supremo de normas, consecuencias en el ámbito de las decisiones (Sozzo, 2013:80).

Al respecto, debe tenerse presente que el Art. 42 de la Constitución Nacional prescribe que «Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección —entre otros—, de sus intereses económicos...». En efecto, el derecho a la protección de sus intereses económicos, es uno de los derechos sustanciales (constitucionales) de los consumidores y usuarios, que consagra expresamente la norma constitucional precitada.

Ese derecho presenta diversas facetas, entre las que se citan el derecho a la calidad de los productos y servicios; a la justicia contractual, y a la reparación de los daños sufridos (Sitiglit, 2015:372 y ss.). Sin embargo, entendemos que tal enumeración no es exhaustiva, sino que puede albergar otros derechos, cuyo reconocimiento se torne necesario en función del dinamismo de las relaciones económicas y sociales. Tal el derecho a que se irresponsabilice al consumidor de los eventuales daños que se causen a terceros, derivados del riesgo de la actividad en que consista el servicio que ha contratado.

De ahí que no se estaría protegiendo dichos intereses del consumidor, si se lo hiciera responsable de los servicios que deriven de una actividad riesgosa o peligrosa, con el argumento de que es quien obtiene un «provecho». Una interpretación tal, conculcaría claramente la manda constitucional de referencia. Por ello, un adecuado diálogo de fuentes conduce a excluirlos de dicha responsabilidad. Es que, como se lo ha expresado⁽¹³⁾, el consumidor

⁽¹¹⁾ Pizarro y Vallespinos (2018:320) y Galdós (2016:901).

⁽¹²⁾ Galdós (2016:900); Ossola y Azar (2018:738). Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit., Comisión N° 3, resolvió, por mayoría: «De Lege Ferenda: Despacho A: 2.1) Es preciso que se establezca expresamente que quien obtiene provecho de la actividad riesgosa solo responda cuando tenga algún control sobre la misma».

⁽¹³⁾ Gianfelici, Mario César; Alderete, Walter César (2019). Situación jurídica del consumidor frente a la Ley 22.250, su ponencia en el XX Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Facultad de Cs. Js. y Ss., UNL, Santa Fe) Comisión N° 1 «Sistema de Protección del Consumidor».

merece ser protegido, no solo imponiendo responsabilidades al proveedor, sino también bregando por su irresponsabilidad en situaciones como la apuntada.

4.3 Actividades riesgosas especialmente reguladas

La norma del Art. 1758, últ. párr., CCyCN deja a salvo lo dispuesto por la legislación especial, ya que existen regímenes particulares de responsabilidad por actividades riesgosas que amplían o reducen la nómina de legitimados pasivos, tales la responsabilidad por servicios prestados al consumidor (Art. 40, Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, t.o. Ley N° 24.999; actividad atómica o responsabilidad por daño nuclear (Ley N° 24.804); responsabilidad por contaminación ambiental (Ley N° 25.675); residuos peligrosos (Ley N° 24.051); establecimientos educativos (Art. 1767, CCyCN); transporte de personas o cosas (Art. 1286, CCyCN); organizador de espectáculo deportivo (Ley 23.184, t.o. 24.192); actividad peligrosa de un grupo (Art. 1762)⁽¹⁴⁾.

En caso de concurrir varios legitimados pasivos, la responsabilidad es concurrente. Por excepción, existen regímenes especiales que imponen la solidaridad, como el Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor; organizador de espectáculo deportivo (Art. 51, Ley 23184); actividad peligrosa de un grupo (Art. 1762).

4.4 Exclusión legal

El legislador ha excluido expresamente del régimen de las actividades riesgosas la actividad de los profesionales liberales (Art. 1768, ult. pte., CCyCN). Lo cual se comprende atento a que dicha norma expresamente la sujeta al régimen de la responsabilidad subjetiva, salvo que se haya prometido un resultado concreto o el daño derive de un vicio de la cosa. Se trata de una decisión de política legislativa —pensada especialmente para el profesional médico—, que algunos consideran injustificada⁽¹⁵⁾. En cuanto al alcance de tal exclusión, se ha dicho que solo cubre al profesional, pero en ella no podría ampararse el establecimiento asistencial (Pizarro y Vallespinos, 2018:326).

5. Eximentes

Este tópico no debería presentar mayores discrepancias. El fundamento de la responsabilidad es expresamente objetiva: luego proceden las eximentes propias para este factor de atribución: hecho de la víctima, hecho de un tercero, y el caso fortuito externo a la actividad.

También el presunto responsable podría demostrar que el hecho que produjo el daño no califica como actividad riesgosa, en cuyo caso corresponderá juzgar el caso bajo los parámetros de la responsabilidad subjetiva.

⁽¹⁴⁾ Pizarro y Vallespinos (2018:317). Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit., Comisión N° 3, resolvió: «Lo señalado no obsta a que determinadas actividades riesgosas o peligrosas tengan un régimen particular complementario del marco normativo general que establecen los arts. 1757, 1758. Tal sucede, por ejemplo, en los supuestos previstos en el art. 40 de la ley 24.240; en el art. 1767, en lo establecido en materia de responsabilidad del organizador de espectáculos públicos. (Unanimidad)».

⁽¹⁵⁾ Pizarro y Vallespinos (2018:326 y ss). Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit., Comisión N° 3, resolvió: «Responsabilidad Profesional 16. La actividad profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757, excepto que causen un daño que sea derivado del vicio de la cosa utilizada (Unanimidad)».

No son eximentes la prueba de haberse adoptado las correspondientes medidas de precaución («técnicas de prevención»), esto es, la falta de culpa, lo que claramente se explica atento el carácter objetivo de la responsabilidad. Por ello bien se ha dicho que la causa desconocida no exime. Tampoco la autorización para realizar la actividad, la cual solo permite realizarla más no justifica el daño (Pizarro y Vallespinos, 2018:322).

Se ha considerado que no sería aplicable como eximente el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, prevista respecto de la responsabilidad por el hecho de las cosas (Pizarro y Vallespinos, 2018:322). Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto podría responsabilizarse al organizador de una actividad ejecutada por terceros, en razón de los daños producidos por una máquina sustraída al subcontratista.

6. Conclusiones

El deseo de asegurar la reparación de todo daño ha conducido a que se admita que la acción del hombre que directa o indirectamente lo cause, sea por sí misma generadora de responsabilidad civil resarcitoria (Ripert y Boulanger, 1965:28 y ss.). El CCyCN, atendiendo el reclamo de la doctrina nacional, aplicó dicha postura, consagrando en sus Arts. 1757 y 1758, la «responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas».

Tal apertura del dique de la responsabilidad civil demanda una cuidadosa interpretación doctrinaria y prudencia de los magistrados, a fin de evitar desbordes resarcitorios que puedan devenir incausados. Ello, precisando las pautas para calificar a las actividades como tales, controlando con precisión el requisito de la causalidad, e identificando debidamente a los legitimados pasivos.

Respecto de esta última cuestión, el supuesto de responsabilidad en análisis encuentra un límite especial en la situación del consumidor. Si bien el Art. 1758, 2do. párr., CCyCN manda a responder a quien se «sirve u obtiene un provecho de ella», debe descartarse de plano que en dicha legitimación quede comprendido el consumidor. Solo se trata de una expresión elíptica, que pretende aludir a quien obtiene un beneficio o provecho económico de una actividad ajena, y no a quien la disfruta. De igual modo que no puede tenerse como legitimado pasivo, en calidad de persona que «la realiza», al trabajador.

Una interpretación contraria, desembocaría en el absurdo de admitir que, en el supuesto de un accidente de tránsito protagonizado por un micro de transporte o un taxímetro, el tercero víctima podría demandar indemnización a los pasajeros. Con lo que se daría la paradoja que estos, de sujetos protegidos pasarían a ser sujetos responsables.

Y si la razón no alcanza para el convencimiento, la imposibilidad jurídica de molestar al consumidor con una acción semejante halla un bastión inexpugnable en el Art. 42 de la Constitución Nacional, que dispone, desde la cúspide del ordenamiento jurídico, la protección de los «intereses económicos» del consumidor, lo cual un adecuado diálogo de fuentes no puede soslayar.

Bibliografía

- ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H., (dir), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2da. ed., t. VIII, La Ley, Bs.As., 2016, comentario al art. 1757 CCCN, p. 385.
ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LOPEZ CABANA, Roberto (1995). *Derecho de Obligaciones*. La Ley.

- GIANFELICI, Florencia Romina (2016). *Sistema de Banca por Internet, Su regulación normativa en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. VI Congreso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática (CIIDI). Disponible en <http://fich.unl.edu.ar/ciiddi2016/wp->. ISBN 978-987-692-138-
——— (2019). *Solución electrónica de controversias, lo pendiente*. *Revista de Derecho del Consumidor*, N° 7, IJ-DC-CXL-801.
- GIANFELICI, Mario César y ALDERETE, Walter César (2019). Situación jurídica del consumidor frente a la Ley 22.250. Ponencia presentada en el XX Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, Facultad de CJyS, UNL, Santa Fe.
- GALDÓS, Jorge (2016). Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo código. *Rev. La Ley*, 2016-B.
- OSSOLA, Federico y AZAR, Aldo, M., Responsabilidad por la intervención de cosas y por actividades riesgosas o peligrosas, en Sánchez Herrero, A (dir.) y Sánchez Herrero P. (Coor.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, t. III, La Ley, Bs. As., 2018, ps. 731 y ss.
- PARELLADA, Carlos (1987). Tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales. *Rev. La Ley* 1987-D.
- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos (2018). *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965). *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V. La Ley.
- STIGLITZ, Gabriel. Los derechos de los consumidores en la Constitución Nacional, en Siglitz Hernández, Carlos (Dir.) *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, La Ley, Bs.As., 2015.
- SOZZO, Gonzalo (2013). La resistematización de la regulación de consumo en el Proyecto de Código Civil de 2012. *Rev. Derecho Privado*, Año II, N° 4, p. 107.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde (1988). La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil, Tomo I, J.A.