

gida ainda muito mais intensamente por direitos fundamentais e outros princípios constitucionais do que isso hoje, em geral, ocorre. Nem um nem outro pode aqui ser seguido. A questão deve, antes, rezar se a contradição pode ser resolvida pelo fato de ser encontrado um caminho entre essas posições extremas.

3. Representação política e argumentativa

A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: "Todo o poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribu-

nal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. Com isso está assegurado, como resultado, que o ideal, do qual fala a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.

Reparación limitada del daño en materia de accidentes

Roberto M. Lopez Cabana

Director del Departamento de Derecho Privado. Professor titular regular de Obligaciones y de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad de Buenos Aires. Professor visitante en las Universidades de Panthéon-Assas (Paris, Francia), de Caxias do Sul (Brasil), Gabriela Mistral (Santiago de Chile), Mayor de San Marcos (Lima) y Católica de Asunción (Paraguay)

I. Los accidentes

El Diccionario de la Real Academia Española, tan ponderado por la doctrina jurídica¹, registra diez acepciones de la palabra "accidente". Interesan básicamente la segunda y la tercera, que lo caracterizan como un "suceso eventual que altera el orden regular de las cosas", y en un sentido más restringido, del "que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas".

Jurídicamente, un accidente es cualquier acontecimiento productor de un daño, sea imprevisto o eventual o previsible, y cualquiera sea su origen: el hecho del hombre o de la naturaleza.

En el plano económico, un accidente es apenas "un riesgo"².

SUMÁRIO

- I. *Los accidentes.*
- II. *La llamada reparación integral.*
- III. *La limitación del resarcimiento en la responsabilidad objetiva.*
- IV. *Excepciones a la limitación.*
- V. *La potestad judicial de reducir la indemnización.*
- VI. *La reparación plena y su eventual atenuación.*
- VII. *Autotransporte público de pasajeros:*
- VIII. *Prospectiva.*
- IX. *Reformas aconsejables.*
- X. *Colofón.*

1. CASTAN VÁZQUEZ, José María, "El lenguaje jurídico en España y en la República Argentina", en *Temas de Derecho Privado X*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires - Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1998.
2. CALABRESI, Guido, *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970, pág. 5.

Se analizará si, dentro de tan vasto campo, las indemnizaciones que la víctima de un accidente puede obtener, son ilimitadas, o si existen razones para una precisa limitación de ellas.

II. La llamada reparación integral.

Aunque considerada “una consecuencia implícita y necesaria de la noción de ejecución por equivalente”³, se ha criticado – con razón – que exista un principio absoluto de “reparación integral”.

Esa quimérica⁴ expresión, en verdad, nada quiere decir⁵. Desde el punto de vista de la teoría jurídica “la concepción relativista tiene razón: el absoluto no es de este mundo”⁶.

Reparar de manera integral es una aspiración de máxima: debe repararse todo el daño. Pero no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente.

Ante todo, el daño debe ser resarcible, que es como decir que debe tratarse de un daño jurídico⁷, puesto que la víctima debe soportar, en ocasiones, total o parcialmente, la carga de asumir el menoscabo que implica el daño⁸.

Si se trata, p. ej., de una consecuencia remota del incumplimiento, el daño no le es imputable al autor del hecho (art. 906, Cód. Civ.).

Tampoco se configura responsabilidad civil cuando el daño es consecuencia de un caso fortuito (art. 513, 1ª parte, Cód. Civ.), o deriva del ejercicio regular de un derecho (art. 1071, Cód. civ.), o cuando se trata de un acto justificado genéricamente por legítima defensa (art. 34, inc. 6º, Cód. Penal), o específicamente como defensa de la posesión (art. 2470, Cód. civ.), o en estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, Cód. Penal).

Ante todo, la víctima tiene la carga de estimar cuantitativamente los daños (art. 330 del C.Proc.). En principio “la demanda deberá precisar el monto reclamado”.

El autor del daño tiene la carga de contestar esa estimación (art. 356, inc. 1º, cód. cit.).

Y esto rige aun en la dificultosa determinación del quantum indemnizatorio en materia de daño moral, como bien se lo ha puesto de resalto, por cuanto “la omisión de precisarlo puede causar indefensión al impedirle calibrar los alcances de la demanda, privándolo inclusive del derecho de allanarse”⁹.

El juez mismo al cuantificar el daño pone límites precisos a la pretensión resarcitoria (art. 163, inc. 6º, cód. cit.).

Es una utopía muy común pretender llegar a esa idílica reparación integral, y esto se ve muy claramente en el daño moral. Cuando el daño opera sobre el sentimiento, las afecciones, es muy difícil llegar a una estimación justa del perjuicio sufrido. Los jueces, con buen criterio, dan especial importancia a la cuantificación que la propia víctima realiza. Pero, en algunos casos, la supuesta víctima se acerca al grotesco (sobre todo cuando se tiene el beneficio de litigar sin gastos) de pedir una suma gigantesca y desproporcionada con el hecho generador y en otros, por timidez (o por excesiva prudencia a la hora de calcular el porcentaje a ingresar en concepto de tasa judicial) se piden sumas modestas que no se compadecen con hechos muy condenables que dan origen a la pretensión resarcitoria.

En el Uruguay, se ha dado como directiva, al analizar la cuantificación del daño moral, que en ese país no se podían fijar las mismas sumas que en los Estados Unidos¹⁰.

Universalizando la directiva del autor uruguayo, ¿debería contemplarse en cada país el ingreso promedio per capita para fijar un monto acorde con las expectativas de sus habitantes?

El juez siempre tiene el dilema de fijar una suma adecuada, prescindiendo de estimaciones incorrectas de las partes y hasta de opiniones periciales que a veces esca-

motean o agigantan los montos representativos de los daños sufridos.

Las indemnizaciones no pueden ser ilimitadas, ni debe predicarse con validez universal un supuesto principio de reparación integral del daño. Será integral en cuanto el ordenamiento consienta en repararlo.

Descartada la vigencia de una hipotética reparación integral, resta analizar las limitaciones que el ordenamiento jurídico admite para asignar, con relativa plenitud, el resarcimiento de los daños.

III. La limitación del resarcimiento en la responsabilidad objetiva.

En la doctrina se ha discutido si cabe resarcir de idéntica manera los daños causados en los que resultan aplicables factores subjetivos de atribución de responsabilidad (dolo o culpa), y en los que existe un deber legal de reparar, de naturaleza objetiva.

Las VII Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979) entendieron que “la extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva, con excepción de los casos específicamente legislados en leyes especiales, se rige por las mismas disposiciones legales que regulan los cuasidelitos. Son indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas” (Rec. Nº 4, Com. 2, 1º).

En España se ha señalado que la aplicación de la tesis de la absoluta obligación

10. GAMARRA, Jorge, “Guía para el cálculo del daño moral”, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XX, pág. 319, Montevideo, 1990.

3. LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, 3ª ed., Economica, Paris, 1996, N° 683, pág. 722.
 4. SZAFIR, Dora, “La limitación cuantitativa de la responsabilidad en el Derecho del consumidor. Las eximentes”, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXVII, pág. 591, Montevideo, 1997.
 5. ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Buenos Aires, 1995, N° 590, pág. 257.
 6. CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1988, N° 75, pág. 302.
 7. LOPEZ CABANA, Roberto M., «Nuevos daños jurídicos», en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Buenos Aires, 1990, N° 1, pág. 85.
 8. ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, N° 7, pág. 20.
 9. PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 557.

legal de indemnizar o resarcir hace desaparecer la virtud, que radica, para Aristóteles, en el término medio y que "el hecho de ser el débito que va implícito en este género de obligaciones legales un *deber mesurado*, supone no solo que alguien lo imponga o establezca, sino también la existencia de una medida que es preciso fijar"¹¹.

La idea de moderar la reparación para no hacer del autor del daño una nueva víctima resulta, para la doctrina francesa¹² de razones de política jurídica, mas que de la lógica. Por ello, si *a priori*, la lógica no asocia necesariamente la responsabilidad objetiva y la reparación limitada, la coexistencia en un sistema positivo de una responsabilidad subjetiva y de otra objetiva, la lleva a preguntarse sobre la imposición de una responsabilidad mas reducida en el segundo caso.

El derecho positivo francés muestra la misma coexistencia que se advierte en la Argentina, de responsabilidad civil con diferentes factores de atribución subjetivos (dolo o culpa, implicados en la *faute* francesa) u objetivos (riesgo, garantía, etc.).

La doctrina gala¹³ ha analizado los principales textos legales que limitan la reparación fijándose estrictos "plafonds", pasando revista, en el Derecho marítimo, al transporte de mercaderías y de pasajeros, tanto en el orden interno, cuanto en el inter-

nacional, y a la ley 65-956 modificada por la 68-1045, que limita la responsabilidad del explotador de un navío a propulsión nuclear a 500 millones de francos por cada accidente, pero sin comprender intereses ni costas cuando el daño resulta de culpa personal del explotador. También se analizan las limitaciones vigentes en materia de Derecho aeronáutico, de trasportes terrestres, postales, por accidentes nucleares y concluye discriminando los casos en que la responsabilidad del hotelero por los equipajes es limitada (ley 73-1141), y la del Estado, al indemnizar a ciertas víctimas (ley 77-5), en cuyo caso la limitación está delegada a decretos que la fijan, anualmente.

En la Argentina se ha justificado¹⁴, con el apoyo doctrinario de René Demogue y de Joseph Charmont, la solución vigente en materia de accidentes de trabajo, "toda vez que, si en principio, es el patrón quien asume la carga de la indemnización, el obrero también concurre con su parte y en la medida en que ve su derecho limitado a una suma previamente tarifada".

Se ha observado también¹⁵ que "en todas las leyes modernas que crean hipótesis de responsabilidad objetiva... como contrapartida limitan la responsabilidad, como sucede en el Código portugués o en la ley de Québec sobre seguro de automóviles", afirmando que "en la responsabilidad obje-

tiva la extensión del resarcimiento debe limitarse, pero no por la vía de distinguir entre las consecuencias inmediatas y las mediatas, sino mas bien por la fijación de topes máximos".

En nuestro país ninguno de los dos Proyectos de Unificación de la legislación civil y comercial, que fueron ampliamente dados a conocer, ni el originado en una Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados, que tuvo sanción de esa Cámara el 03.11.93, ni el elaborado a instancias del Poder Ejecutivo, que entró al Senado el 13.08.93, han puesto un tope indemnizatorio en supuestos de responsabilidad objetiva.

En cambio, la ley sancionada con el Nº 24.032, aprobatoria de un Código único de Derecho Privado, que fuera vetada íntegramente mediante el dec. 2719/91, limitaba la indemnización obtenible por cada damnificado directo a dos mil argentinos oro "en los casos de atribución objetiva del deber de reparar" (art. 1113, penúltimo párrafo).

El Código único¹⁶ fijaba el máximo indemnizatorio en dos mil "argentinos oro", asumiendo como moneda de cuenta la misma que fuera adoptada por el Código Aeronáutico (ley 17.285).

Otras disposiciones acotan también, en nuestro Derecho, el resarcimiento, sin impedir la reparación integral cuando concurre un sustento subjetivo de la responsabilidad; en este orden de ideas, la ley de la

navegación 20.094, al fijar un máximo de 1.500 pesos argentinos oro "por daños resultantes de muerte o lesiones corporales de un pasajero", que puede ser elevado por acuerdo de partes (art. 331). Se fijan otros topes para las pérdidas o daños que sufran las mercaderías (400 pesos argentinos oro por bulto o pieza) o para el equipaje del pasajero (150 pesos argentinos oro para el guardado en bodega y 100 para el llevado en cabina, etc.). Para el transporte marítimo internacional el Convenio de Atenas de 1974 y su Protocolo de Londres de 1976 (ley 22.718) limita la responsabilidad por muerte o lesiones corporales del pasajero a 700.000 francos oro, que puede ser pagado en forma de renta y que puede ser aumentado por acuerdo de partes.

La imposición de límites también resultaba del Código Aeronáutico (ley 17.285): 1.000 argentinos oro por daños sufridos por el pasajero (art. 144), pudiéndose pactar un monto mayor. Para los daños causados a terceros en superficie la indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2.000 argentinos oro, con un máximo por accidente que depende del peso de la aeronave. En caso de dolo, desaparecen las limitaciones. En materia de navegación aérea internacional los daños sufridos por el pasajero se limitan a 250.000 francos oro en el Convenio de Varsovia de 1929, según Protocolo de La Haya de 1955 (ley 17.386).

En materia laboral, la ley 9688 de accidentes de trabajo (en salarios diarios)

11. FERNANDEZ MARTIN GRANIZO, Mariano, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Pamplona, 1972, pág. 172.

12. ROUJOU DE BOUBEE, Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, pág. 313.

13. CHARTIER, Yves, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, pág. 605.

14. ACUÑA ANZORENA, Arturo, «Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual», en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963, pág. 35 y sigs.

15. MOISSET DE ESPANES, Luis, *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*, Córdoba, 1982, pág. 89.

16. LOPEZ CABANA, Roberto M., «El Proyecto de unificación legislativa civil y comercial. Su coordinación con recomendaciones de Congresos jurídicos y soluciones del Derecho comparado», *Revista La Ley*, 1987-D, pág. 845, y en ALTERINI, Atilio A. — LOPEZ CABANA, Roberto M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1988, pág. 321.

luego modificada por la ley 24.028 que lo fijó en 55.000 dólares estadounidenses en caso de muerte del trabajador (art. 8), cifra mantenida para el caso de incapacidad o muerte por la ley 24.557 y que rige con la única excepción del dolo del empleador.

La Convención de Viena sobre accidentes nucleares, de 1963 (ley 17.048) limita la reparación a 5.000.000 dólares estadounidenses por cada accidente nuclear.

Las indemnizaciones por los daños sufridos por personal de las Fuerzas Armadas están limitadas "al haber mensual y suplementos generales máximos del grado inmediato superior", según la ley 19.101 y su modificatoria 22.511.

En el ámbito del Mercosur se acepta una limitación cuantitativa (Decisión del Consejo del Mercado Común 15/94) para el transporte multimodal internacional, cuando para el porte de las mercaderías se utilizan por los menos dos modos diferentes de transporte, determinándose para la Argentina un límite de 400 pesos argentinos oro por kg. de volumen o pieza afectada, o de 10 pesos argentinos oro por kg. de volumen o piezas afectadas, si este valor fuera superior.

En normas que carecen de aplicación en nuestro medio se han señalado otros toques: en materia de productos defectuosos, la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 limita los daños resultantes de la muerte o de lesiones corporales y causados por artículos idénticos que presentan el mismo defecto a 70.000.000 de ecus, previendo una franquicia de 500 ecus cuando se produzca el daño o la destrucción de una

cosa que no sea el propio producto defectuoso.

La ley española 22/1994 del 6 de julio adapta esa Directiva fijando un tope 10.500 millones de pesetas (art. 11), con una franquicia en paralelo con la Directiva de 65.000 pesetas.

Otras leyes nacionales imponen limitaciones: en la ley de medicamentos alemana de 1976 (500.000 marcos en caso de fallecimiento o lesión de una persona); en la ley danesa de 1984, modificada en 1986 se fijan toques para las indemnizaciones del derecho común previendo un límite de 200.000 coronas para el caso de lesiones permanentes.

Distintas reuniones de juristas aceptaron los criterios limitativos de las indemnizaciones: las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 1981) estimaron que el daño proveniente del riesgo es estadísticamente previsible; pero el aseguramiento de quien lo introduce en la sociedad, para salvaguardar los intereses de las víctimas, no es viable si no se establece un *quantum* indemnizatorio, según criterio de las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980) y de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, Uruguay, 1986), que coincide con los fundamentos de la solución concordante del Proyecto de Convención Europea de 1976, y de la ley uniforme norteamericana de 1979.

Con criterio unánime se aconsejó analizar en una futura reforma "si es conveniente la incorporación a la ley de un tope máximo al resarcimiento en la responsabi-

lidad objetiva" (VIII Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1994).

En la doctrina argentina son numerosos los partidarios de limitar cuantitativamente la responsabilidad, con distintas variantes¹⁷.

IV. Excepciones a la limitación.

El Código único de 1987 admitía, en el último párrafo del art. 1113, la reparación plena en dos supuestos: si el demandado: a) no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño, o b) debió razonablemente haberse asegurado".

La limitación del resarcimiento, como se ha recordado, no encuentra justificación cuando concurre un sustento subjetivo de responsabilidad¹⁸. En ese orden de ideas se permite una indemnización plena por aplicación de los dispositivos del derecho común: en caso de dolo, conforme al art. 162, Código Aeronáutico.

Con criterio compartible se ha considerado que "la prueba de la no culpa, aparece acá correctamente caracterizada como la acreditación de que se adoptaron todas las medidas técnicas (o similares) idóneas para evitar el daño" También debe destacarse que "aunque en los casos de atribución objetiva de responsabilidad la prueba de la falta de culpa no sirva como causal de exoneración, será igualmente de gran importancia a los fines de circunscribir aquélla al tope indemnizatorio"¹⁹.

Esta última reflexión es aplicable para los "riesgos del desarrollo"²⁰, puesto que, mayoritariamente, se considera que "el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al consumo" (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986, com N° 1, ap II - 4). La doctrina fue luego reiterada: "En los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas

17. V. ALTERINI, Atilio Anibal, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 58, nota 108, para quien la limitación cuantitativa de la responsabilidad ha sido apoyada, además, por los siguientes autores: Roberto BREBBIA, Jorge BUSTAMANTE ALSINA (en los daños calamitosos o catastróficos), Jorge Joaquín LLAMBIAS, César LOMBARDI, Roberto M. LOPEZ CABANA, Graciela MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Luis MOISSET de ESPANÉS, Augusto Mario MORELLO (como correlato del seguro forzoso), Alfredo ORGAZ, Carlos Alberto PARELLADA, Adela SEGUÍ, María del Pilar AMENÁBAR, María Belén JAPAZE, Ramón Daniel PIZARRO, Julio César RIVERA (h.), Rubén STIGLITZ (con reservas), Félix Alberto TRIGO REPRESAS, Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, Héctor A. ZUCCHI, entre otros.

18. ALTERINI, Atilio Anibal, *Mora. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad*, Buenos Aires, 1971, pág. 66, ap. III; ALTERINI - AMEAL - LOPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones* cit., N° 470, pág. 199; NOEL y PHILIPS, *Products liability: cases and materials*, St. Paul, Minnesota, 1982, pág. 297, predicando la limitación de la responsabilidad en la *strict liability*, y la reparación plena en el caso de *tort of negligence*; conf. CAVANILLAS MUJICA, Santiago, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pág. 206.

19. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, «La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación», en *Revista La Ley*, N° 1987-C, pág. 860, ap. III-4.

20. GOLDENBERG, Isidoro H. - LOPEZ CABANA, Roberto M., «Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos», en *Jurisprudencia Argentina*, N° 1990-I, pág. 917.

comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad” (Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros, Mar del Plata, 1989, com. N° 2, rec. 4, b, *de lege lata*).

La última excepción al tope previsto en la norma vetada involucra a los daños causados por quien “debió razonablemente haberse asegurado”.

El Código único se proponía estimular a los potenciales victimarios a “tomar un seguro como medida de solidaridad social, y también de autoprotección”, de manera que permita “a la víctima la efectiva reparación del daño a cargo de quien debió preverlo y tomar las coberturas apropiadas de su eventual responsabilidad” (de las notas explicativas al Proyecto).

Resulta loable el propósito perseguido por los redactores de esa norma, que también hubiera redundado – con beneficio para la comunidad – en estímulo para la actividad aseguradora.

La importancia del seguro ha sido encomiada reiteradamente, sosteniéndose la necesidad de seguros obligatorios para el desarrollo de múltiples actividades, como los que existen para el caso de muerte de trabajadores en relación de dependencia (decreto 1794/74), o para los accidentes nucleares (ley 17.048) p ej., actividades o

cosas riesgosas en general (II Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 1965); accidentes de tránsito (II Jornadas de Derecho Civil cits, I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil, Junín, 1984); comercialización de productos (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986), en especial farmacéuticos (I Jornadas sobre responsabilidad civil por productos farmacéuticos y medicinales, Morón, 1986); contaminación ambiental (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983).

Sin embargo, son los estatutos legales particulares – y no el Código Civil – el ámbito propio para regular pormenorizadamente las actividades, riesgosas en aspectos singulares de la teoría de la responsabilidad, eventuales seguros forzosos y mecanismos de prevención y tutela que, frecuentemente se incluyen en el Derecho comparado: el Código Civil peruano de 1984, en una acertada disposición, delega en la ley la determinación del “tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro” (art. 1988).

No es, por ende, en la *lex generalis*, sino en aquellos estatutos particulares, que funcionan como *adenda* y *errata* de los Códigos²¹, en los cuales deben sancionarse tales complementos que serán más eficaces en cuanto capten concretamente las

particularidades del objeto o de la actividad.

El Código único había hecho suyas las modernas ideas solidaristas que imponen responsabilidad sin limitaciones a quienes estén mejor ubicados, antes del daño, para contratar el seguro destinado a garantizar el riesgo²².

Pero, cuando quien resulta demandable no está asegurado, o lo está insuficientemente (caso de infraseguro), o son indeterminados o insolventes, la creación de un fondo de garantía permite a la víctima acceder a un arbitrio de pronto pago.

Los operadores jurídicos nacionales coincidieron en la necesidad de crear fondos de garantía para casos de actividades o cosas riesgosas (Jornadas sobre responsabilidad civil, Rosario, 1986), para accidentes de tránsito (II Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 1965; I Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1984); de daños de productos elaborados (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986), en especial farmacéuticos (I Jornadas sobre responsabilidad civil por productos farmacéuticos y medicinales, Morón, 1986); y de daños derivados de la contaminación ambiental (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983) o para recomponer el equilibrio ecológico alterado (Jornada sobre ecología, medio ambiente y patrimonio provincial, La Plata, 1987).

Algunos países europeos adoptaron este arbitrio para indemnizar accidentes de circulación de automotores: Bélgica (ley del 24/12/68), Italia (ley del 24/12/69), Luxemburgo (ley del 16/12/63) En Francia existe una ley específica reformada el 5/7/85, cuyo fondo se extendió a los accidentes de caza (ley del 18/7/66) Con relación a los accidentes terapéuticos en particular, se ha propiciado la creación de “un fondo colectivo de indemnización”²³.

Según lo que se ha afirmado, tampoco parece plausible incorporar un fondo de garantía indiscriminado en las entrañas de la ley común, debiendo cumplir su importante y esperada función dentro de los estatutos particulares, donde su regulación resulta muy necesaria.

V. La potestad judicial de reducir la indemnización.

En el Derecho comparado se acepta la reducción equitativa de los daños y perjuicios: Código civil español (art. 1103), suizo de las obligaciones (art. 44), portugués de 1967 (art. 494), boliviano de 1975 (art. 994.3), peruano de 1984 (art. 1973), paraguayo de 1987 (art. 1857 *in fine*), cubano de 1988 (art. 89.1).

El Código civil, en su art. 1069 (texto agregado según ley 17.711, de 1968) ha facultado a los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, “a considerar la situación patrimonial del deudor,

21. GELDART, W., según BUSNELLI, Francesco D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1983, pág. 44; PERRET, Louis, «L'incidence de la nouvelle Loi sur la protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du Code civil», en *Revue de droit*, Université de Sherbrooke, v. 15, N° 2, 1985, dedicado a «Les contrats en droit québécois», pág. 304.

22. VINEY, Geneviève, en GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, pág. 30, texto a nota 47.

23. DORSNER DOLIVET, Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans le domaine de l'homicide et des blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, ed. L. G. D. J., Paris, 1986, pág. 467.

nuándola, si fuere equitativo”, excluyendo esta posibilidad “si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

VI. La reparación plena y su eventual atenuación.

Como regla general, la reparación debe ser plena en todos los ordenamientos jurídicos, pero su plenitud está condicionada en cada uno de ellos. En el argentino, en la medida de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales que atribuyó el Código civil en su art. 901 y siguientes y, en órbita contractual, en la de los arts. 520, 521, 622.

El autor de un daño debe soportar plenamente la indemnización cuando se hace cargo de todas las consecuencias en relación causal jurídicamente relevante.

La jurisprudencia argentina anterior a la reforma de 1968 había vislumbrado, con prudencia y moderación, la posibilidad de morigerar la cuantía de la indemnización, para impedir la ruina del responsable de escasos recursos.

Las II Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil (Corrientes, 1965) habían recomendado que “excepcionalmente, y tratándose de hechos culposos, el Juez podrá limitar la reparación atendiendo a la situación patrimonial de las partes”²⁴.

La doctrina, en particular, también aceptó que se atenuaran las indemnizaciones que resultaran desmesuradas con relación a la capacidad económica del deudor²⁵.

Aun cuando se trata de una cuestión polémica, cabe señalar que la protección al deudor que permite el ejercicio de la facultad conferida en el art. 1069 es extensiva al área contractual, como consecuencia de la notoria tendencia a diluir la diferencias entre los ámbitos de la responsabilidad civil²⁶.

La normativa vigente “es aplicable a la responsabilidad objetiva”, en interpretación recomendada por las VII Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979 (Rec. 4, Com. N° 2, 2°).

24. *Recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1987, pág. 26, rec. 2, tema V.

25. Entre otros autores: ACUÑA ANZORENA, Arturo, «Consideraciones sobre la capacidad patrimonial del autor de cuasidelito en la determinación del perjuicio indemnizable», *Revista Jus*, n° 11/12, pág. 7; MASNATTA, Héctor, «Responsabilidad y riqueza», *Jurisprudencia Argentina*, t° 1954-III, pág. 8, secc. doct.) y estuvo de acuerdo, en general con el agregado que dispuso la ley 17.711 al art. 1069: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, «Del daño», en MORELLO, Augusto M. – PORTAS, Néstor L. (coord.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, ed. Platense, t. 2, pág. 155, La Plata, 1971; LLAMBIAS, Jorge J., *Estudio de la reforma al Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, pág. 227; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., «Atenuación de la indemnización en el supuesto de culpa», *Jurisprudencia Argentina*, t° 1971-Doctrina, pág. 813; SALAS, Acdeel E., «La responsabilidad en la reforma del Código civil», *Jurisprudencia Argentina*, 1969-Doctrina, pág. 421 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, 1982, pág. 367; GARRIDO, Roque F. – ANDORNO, Luis, *Reformas al Código civil. Ley 17.711 comentada*, Buenos Aires, 1968, t° I, pág. 123; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 229; ROCCO, Ema A., «Atenuación de la responsabilidad por culpa», *Revista La Ley*, t° 1977-D, pág. 853.

26. Conf. CAZEAUX, Pedro N., en CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., ed. Platense, La Plata, 1979, t° 1, pág. 366; Cám. Nac. Civ., sala «C», 21/2/79, *Revista El Derecho*, t° 82, pág. 471, voto del Dr. Jorge H. ALTERINI.

La reforma al art. 1069 tuvo buena repercusión toda vez que no es justo dar a todos lo mismo, sino que hay que dar lo suyo según la obra del autor, y según sus necesidades, al computarse su patrimonio.

La naturaleza del obrar del autor excluye, como debe ser, la posibilidad de atenuar la responsabilidad cuando hay dolo.

Con criterio diferente al adoptado por el Código portugués, la ley argentina toma en cuenta exclusivamente la situación del victimario no doloso, pero no las necesidades de la víctima que, en principio, no se computan para la ponderación del monto indemnizatorio.

Los Proyectos de reforma de 1993 mantienen, con mínimas diferencias de redacción, el texto introducido en el Código civil por la ley 17.711 (Cámara de Diputados, art. 1069, Poder Ejecutivo, art. 1572).

VII. Autotransporte público de pasajeros:

En este ámbito hay dos proyectos presentados en el Congreso de la Nación: uno en cada Cámara.

El de Diputados se presentó el 25 de septiembre de 1996 y pertenece a Edmundo del Valle Soria, que suscribe con otros legisladores.

Prevé en su art. 1° un tope legal para los “daños a la persona de la víctima, incluido el agravio moral o los sufridos por terceros damnificados como consecuencia de su fallecimiento”, que equivale a 1.500 argentinos oro para muerte o incapacidad total y, proporcionalmente, para daños

inferiores”. El juez puede disponer o el damnificado puede pedir la contratación de “una renta vitalicia en aseguradoras habilitadas, cuyo valor actual será igual al resarcimiento impuesto”. Según el art. 2° el tope puede ser superado cuando “el daño sea imputable a dolo del dueño o guardián, o de sus dependientes”.

El Proyecto del Senado se debe a una iniciativa del doctor Eduardo BAUZA, del 7 de noviembre de 1996.

Sujeta las indemnizaciones de daños ocasionados a la víctima o los sufridos por terceros como consecuencia de su fallecimiento, a las tablas que establezca el Poder Ejecutivo, y fija en su art. 3° un tope de 1.000 argentinos oro “por todos los conceptos involucrados en la indemnización” en caso de muerte o incapacidad absoluta (art. 4°).

El tope no rige, conforme al art. 2°, cuando el daño sea imputable “al accionar doloso del dueño o guardián de los automotores, o de sus dependientes”.

El damnificado puede pedir, según el art. 5°, la sustitución de la indemnización por la contratación “en compañías de seguro de retiro una renta vitalicia a favor del damnificado o sus derechohabientes”.

Prevé en los arts. 9 a 12 la creación de un fondo de garantía del seguro automotor.

Hasta ahora no han prosperado ninguno de esos proyectos. Pero el Poder Ejecutivo ha dictado el decreto de necesidad y urgencia que lleva el número 260/97 que concede una moratoria al sector, incluyendo plazos de gracia y

múltiples cuotas para satisfacer la indemnización, cuya inconstitucionalidad ha sido ya declarada por reiterada jurisprudencia.

En los considerandos de ese decreto se anticipa la voluntad del Poder Ejecutivo de enviar al Congreso "un proyecto de ley tendiente a limitar el alcance de la responsabilidad civil contractual y extracontractual derivada de los daños a las personas y cosas, causados por vehículos afectados al autotransporte público de pasajeros en ocasión de la prestación de dicho servicio".

VIII. Prospectiva.

Conforme a una propuesta formulada conjuntamente con Atilio Aníbal Alterini a las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1994), éstas aprobaron por unanimidad estas recomendaciones que sintetizan, con miras a una reforma legislativa, la necesidad de atender a criterios limitativos que coadyuven a la efectividad de las indemnizaciones: "El objetivo de una justicia concreta y eficaz para que la víctima sea resarcida efectivamente aconseja que, junto a la responsabilidad por riesgo, sea implantado el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de *pronto pago*" y, – consecuentemente – "a fin de facilitar el régimen de seguro forzoso sería conveniente la fijación de criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo"

(Rec. de *lege ferenda* I y II, Com. I de Derecho Civil).

IX. Reformas aconsejables.

La Comisión encargada de redactar un nuevo Código Civil, designada por el Poder Ejecutivo en 1995 debería seguir las pautas indicadas por uno de sus miembros²⁷ y fijar un límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva.

En los casos de intervención de cosas o de actividades riesgosas el valor de la reparación del daño debe quedar limitado a una suma de por lo menos Quinientos mil pesos (\$ 500 000) por cada damnificado directo, salvo culpa inexcusable o hecho voluntario del damnificado, en que se debe reducir proporcionalmente.

El responsable no debe tener derecho a prevalerse de la limitación:

1° – Si actuó sin diligencia y, en especial, si no cumplió las normas

administrativas de prevención, o no adoptó las medidas razonablemente adecuadas a ese fin en caso de no haberlas.

2° – Si no estaba asegurado o si, estándolo, el damnificado no tuvo a su disposición la indemnización que le corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros.

3° – Si el damnificado directo sufre gran discapacidad.

4° – Si ha sido convenida una indemnización mayor.

Estas disposiciones deben dejar a salvo lo establecido por la legislación especial y toda vez que el tope esté fijado en pesos se debería autorizar al Poder Ejecutivo para que aumente la cantidad que se fije, teniendo en cuenta el poder adquisitivo del dinero y la situación económica general.

El legislador debe adoptar módulos, parámetros, baremos, para ayudar a los justiciables y a los jueces a convertir a la indemnización en algo previsible.

El legislador, a veces por convicciones jurídicas (presencia de factores objetivos de atribución de responsabilidad), otras por conveniencias técnicas (para facilitar la actividad aeronáutica, o promover el transporte por agua), o hasta por razones meramente políticas o de coyuntura (transporte automotor de pasajeros) limita las indemnizaciones.

X. Colofón.

Sobre lo inevitable de las limitaciones, cabe aseverar que el amor es eterno, como lo hacía el inolvidable Vinicius de Moraes, pero el poeta agregaba: aunque dure un solo instante.

Lamentablemente, el tiempo, el dinero y hasta la misma vida es también limitada.

La tristeza no tiene fin, la felicidad sí, decía el poeta, con sus debidas licencias. Pero, afortunadamente, hasta la tristeza termina.

Es necesario sacudirse los prejuicios en una materia tan ardua como la limitación del resarcimiento. Hay que aceptar que sólo la justicia divina puede fijar la indemnización de manera ilimitada. La humana debería contentarse con la sujeción a límites bien precisos, que son cambiantes, según la época y la sociedad de que se trate.

En definitiva: ninguna solución extrema es aconsejable. No puede predicarse, con un idealismo digno de mejor causa, que la indemnización siempre debe ser plena, total, integral, ilimitada.

Tampoco puede admitirse la generalización de tarifamientos o de topes al resarcimiento. Todo en su justa medida. Hay que distinguir cuando es oportuna una u otra solución. Este es el camino que debe emprender el operador jurídico que no se deje encandilar por presiones sectoriales o por intereses mezquinos y que tenga como norte la justicia.

27. ALTERINI, Atilio Aníbal, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil cit.*, pág. 116.