



Autores: Galdós, Jorge Mario; Valicenti, Ezequiel

Título: La exoneración en la responsabilidad civil objetiva por riesgo en dos interesantes sentencias (los casos del "toro mecánico" y la "banana acuática")

Galdós, J. and Valicenti, E. (2018). La exoneración en la responsabilidad civil objetiva por riesgo en dos interesantes sentencias (los casos del "toro mecánico" y la "banana acuática"). Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, (XI), p.13

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

Galdós, Jorge M. - Valicenti, Ezequiel

La exoneración en la responsabilidad civil objetiva por riesgo en dos interesantes sentencias (los casos del "toro mecánico" y la "banana acuática")

Sumario: I. Introducción.— II. La exoneración de la responsabilidad civil. Principios generales.— III. Los casos en comentario.

"El Código Civil y Comercial ha delimitado las causas de exoneración en la teoría general de la responsabilidad civil, con centro en la protección de la víctima, lo que nos permite concluir que el denominado 'daño injustamente sufrido' abarca en la actualidad el daño injustificado y el daño justificado indemnizable por razones de equidad (el caso del daño causados por actos involuntarios y del daño provocado por estado de necesidad) y con fundamento en el enriquecimiento sin causa (el caso del daño originado en un acto de abnegación que debe reparar el beneficiado por tal acto). O sea el deber de reparar nace frente al daño no justificado y al daño justificado pero igualmente indemnizable por equidad o por enriquecimiento sin causa".

I. Introducción

Nos proponemos analizar dos sentencias que tienen varios puntos en común para reflexionar acerca de las causales de exoneración o eximición en la responsabilidad objetiva por riesgo, en el supuesto específico de los denominados "juegos de feria" o "parques de diversiones" (arts. 1757 y 1758, Código Civil y Comercial, en adelante Cód. Civ. y Com.), las que operan a nivel de la autoría, la antijuridicidad (causales de justificación), el factor de atribución y el nexo de causalidad adecuada. La riqueza conceptual de ambos pronunciamientos, y un cierto paralelismo entre los dos supuestos fácticos abordados, constituyen el punto de partida para efectuar sucintos comentarios sobre cuestiones propias del nuevo Código Civil y Comercial.

II. La exoneración de la responsabilidad civil. Principios generales

II.1. Tendencias del Código en materia de eximentes

Hace poco nos ocupamos de desarrollar nuestra postura sobre la exoneración de la responsabilidad civil objetiva por riesgo extracontractual y contractual, la que —como sabemos— está unificada (1).

En su clásica conceptualización, las eximentes de responsabilidad "importan la negación o destrucción de alguno de los presupuestos de la responsabilidad civil: autoría, antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación de causalidad" (2). En general, se utilizan indistintamente expresiones como exoneración, eximición, liberación y otras equivalentes. Con ello se quiere aludir a la existencia de motivos, causales o circunstancias que permiten desligarse del deber de responder, es decir, a la no responsabilidad o la irresponsabilidad. Estas expresiones están muy asociadas también a las "eximentes" en la relación de causalidad. Exonerar, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa "aliviar, descargar de peso u obligación". Por otro lado, eximir refiere a "liberar, desembarazar de cargas, obligaciones, cuidados, culpas" y liberar a "hacer que alguien o algo quede libre de lo que lo sometía u oprimía". El diccionario proporciona como sinónimos de exonerar a "eximir, dispensar, descargar, librar, despedir, destituir, expulsar, relevar, echar, deponer". En nuestro caso, siguiendo esta perspectiva, acudiremos indistintamente a esas expresiones.

El Código Civil y Comercial utiliza estas denominaciones como sinónimos. Así se alude a eximir (arts. 1719, 1730, 1731, 1732, 1734, 1743, 1767), liberar (arts. 1720, 1722, 1733, inc. b, 1760) excluir o limitar (art. 1729), para referir a las eventualidades que afectan a cualquiera de los presupuestos de la responsabilidad y liberan a un sujeto de la obligación de indemnizar los daños de los que, prima facie, fue señalado como responsable.

A nuestro modo de ver se verifica una tendencia en el Cód. Civ. y Com. orientada a limitar o debilitar la fuerza liberatoria de las eximentes, privilegiando la protección de la víctima que sufre un daño no justificado. Por ello, entre otras consecuencias:

- se consagra la no responsabilidad por actos involuntarios solo en caso de fuerza irresistible, subsistiendo en los restantes casos de involuntariedad (privación de razón, acto ilícito de menor de 10 años) y en los casos de vicio de la voluntad (error, dolo, intimidación), la responsabilidad por razones de equidad (art. 1750);
- se limitan los efectos eximentes de la legítima defensa y se libera exclusivamente frente al agresor; frente a los terceros no agresores se mantiene la reparación plena (art. 1718, inc. b), Cód. Civ. y Com.);
- se limitan los efectos eximentes del estado de necesidad y en ese caso el damnificado tiene derecho a una indemnización equitativa (art. 1718, inc. c), Cód. Civ. y Com.);
- se excluye la asunción de riesgos como eximente autónoma y se la emplaza en el ámbito de la causalidad (art. 1719, Cód. Civ. y Com.);
- en el acto de abnegación el damnificado que se expone voluntariamente al peligro para salvar la persona o los bienes de otro puede requerir reparación plena al creador del peligro, mientras que frente al beneficiado por el acto la reparación tiene como límite el enriquecimiento obtenido por aquel (art. 1719, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.);
- se suprimen los efectos del consentimiento del damnificado cuando constituye una cláusula abusiva y cuando recae sobre bienes indisponibles.

En definitiva, el Código Civil y Comercial ha delimitado las causas de exoneración en la teoría general de la responsabilidad civil, con centro en la protección de la víctima, lo que nos permite concluir que el denominado "daño injustamente sufrido" abarca en la actualidad el daño injustificado y el daño justificado indemnizable por razones de equidad (el caso del daño causados por actos involuntarios y del daño provocado por estado de necesidad) y con fundamento en el enriquecimiento sin causa (el caso del daño originado en un acto de abnegación que debe reparar el beneficiado por tal acto). O sea, el deber de reparar nace frente al daño no justificado y al daño justificado, pero igualmente indemnizable por equidad o por enriquecimiento sin causa (3).

II.2. Clasificación y esquema general de eximentes

Existen numerosas clasificaciones de las eximentes, y para lo que nos interesa destacar a en los acotados límites de este comentario, recordamos que Mosset Iturraspe, citando a Orgaz, menciona las siguientes categorías: a) causas que excluyen la ilicitud (las llamadas causas de justificación); b) causas excluyentes de la relación causal; c) causas que excluyen la imputabilidad; d) causas excluyentes de la culpabilidad strictu sensu. A ellas, el autor citado agrega: e) las causas que excluyen la autoría; f) las que pretenden expiar el daño; y g) las relacionadas con los factores de imputación, con la culpa y el riesgo (4).

A nuestro modo de ver, basándonos en el Código Civil y Comercial, y cómo lo sostuvimos anteriormente (5) las eximentes pueden organizarse y clasificarse según el presupuesto afectado, de la siguiente manera:

Presupuesto afectado	Circunstancia de exoneración (eximente)	Particularidades
1) Autoría (solo en la responsabilidad directa por hecho propio)	a) <i>Involuntariedad por fuerza irresistible</i> (art. 1750)	Exime de responsabilidad ----- El hecho involuntario por falta de discernimiento (privación de razón, acto ilícito de menor de 10 años) o por vicio de la voluntad (error, dolo, intimidación), genera responsabilidad por equidad (art. 1750)
	b) <i>Inexistencia de acto voluntario</i>	Exime de responsabilidad por falta de configuración de autoría. Incluye los actos reflejos, instintivos y orgánicos, y los que impliquen una falta absoluta de voluntad por no existir expresión de la personalidad del autor
	c) <i>Ruptura del nexo causal entre el hecho y el daño</i> (remisión)	
2) Antijuridicidad (causas de justificación)	a) <i>ejercicio regular de un derecho</i> (art. 1718, inc. a))	
	b) <i>legítima defensa</i> (art. 1718, inc. b))	Solo libera frente al agente que provoca la agresión; frente a terceros no agresores se mantiene la responsabilidad plena
	c) <i>estado de necesidad</i> (art. 1718, inc. c))	El acto es lícito y solo libera al agente frente al agresor ilegítimo; frente a los terceros dañados debe indemnización de equidad
	d) <i>consentimiento del damnificado</i> (art. 1720)	Siempre que se trate de un bien disponible y no constituya una cláusula abusiva en los contratos de adhesión y de consumo
	e) <i>acto de abnegación</i> (art. 1719, 2º párr.)	El acto es lícito, y genera indemnización a favor del abnegado debida por: a) quien creó la situación de peligro (reparación plena); b) quien se benefició (reparación en la medida del enriquecimiento)
3) Factor de atribución	a) <i>factores subjetivos</i> : prueba de la no culpa (art. 1735); situaciones de inimputabilidad (remisión a autoría)	
	b) <i>factores objetivos</i> : prueba de causa ajena (art. 1722); prueba del “no riesgo” (arg. art. 1757).	
4) Relación de causalidad	a) <i>hecho del damnificado</i> (art. 1729)	
	b) supuestos de asunción de riesgos: implica un hecho del damnificado (art. 1719, 1º párr.).	
	c) <i>hecho de un tercero</i> (art. 1731)	Para ser total, debe reunir las características del caso fortuito
	d) <i>caso fortuito o fuerza mayor e imposibilidad de cumplimiento</i> (arts. 1730 y 1732)	

III. Los casos en comentario

III.1. Breve referencia a los hechos

En el precedente "M., M. R. c. Parque de la Costa SA y otro", la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con primer voto de la Dra. María I. Benavente, juzgó la responsabilidad de una empresa organizadora de un parque de diversiones (caso del "toro mecánico") (6). Un menor se encontraba jugando en el juego conocido comúnmente como "toro mecánico" y al ser despedido, cayó sobre la colchoneta y sufrió la fractura de su brazo derecho. El fallo de la Cámara revocó el pronunciamiento de primera instancia, que había rechazado la demanda argumentando que la caída era parte del atractivo del juego, por lo que resultaba inevitable que ocurra (7). A juicio de la Alzada la empresa organizadora debe ser responsable por los daños sufridos por el usuario, aun cuando se demostrara el funcionamiento normal del juego, sin que baste además que la demandada probara que había adoptado recaudos necesarios para garantizar la caída sin producir daños. Por el contrario, se concluyó que se trataba de un riesgo de la actividad, que debía ser absorbido por el empresario y no por la víctima, siendo que además tenía vigencia el deber de seguridad consagrado en el art. 5º de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), encuadrando el supuesto también en el marco de una relación de consumo (arts. 1º y 2, LDC; 1092 y 1093, Cód. Civ. y Com.).

El otro precedente, "V. I. M. c. Houvardas, Alexis y otro" (caso de la "banana acuática") presenta varias similitudes (8). En efecto, se trató de la responsabilidad de la empresa organizadora de un entretenimiento acuático consistente en un paseo por el mar sobre un elemento inflable (vulgarmente llamado "la banana") en el que se somete a las personas transportadas a movimientos sorprendidos con el fin de que caigan al agua. Una señora que participaba del paseo se cayó, golpeando su rostro violentamente contra el espejo de agua, lo que le provocó diversas lesiones físicas. En el fallo de primera instancia se rechazó la demanda al considerar que se trataba de una actividad deportiva (y no recreativa) en la que la víctima había asumido los riesgos de su participación. La Cámara, con voto de la Dra. Patricia Clérical, revocó el pronunciamiento y condenó al organizador por entender que no resultaba una eximente de responsabilidad el contar con la autorización administrativa, y tampoco el haber cumplido con las medidas de seguridad indicadas por la autoridad de aplicación, siendo que además no cabía considerar que había operado una asunción de riesgos, máxime cuando se trataba de una relación de consumo.

Ambos ponen de relieve que no se verificó ninguna dificultad de derecho transitorio en la primera etapa de implementación del Cód. Civ. y Com., tal como se concluyó en el Encuentro Nacional de Jueces (9), en el que se afirmó que el art. 7º, Cód. Civ. y Com. abastecerá adecuadamente las cuestiones de aplicación intertemporal del nuevo Código (10). Las sentencias también evidencian de modo nítido la integración armónica del sistema general del Derecho Privado (legislado en el Cód. Civ. y Com.) con el microsistema del consumo, lo que se desarrolla mediante el diálogo de fuentes plurales, en el marco del denominado "derecho civil constitucionalizado" conforme el sistema de reglas, principios y valores vigentes en todo el ordenamiento jurídico (arts. 1º, 2º, 3º, 7º y conc., Cód. Civ. y Com.). En ese sentido los argumentos de los dos pronunciamientos judiciales aluden al deber de seguridad en la relación de consumo, integrando una solución específica del microsistema al sistema general de responsabilidad civil. Se trata de un correcto diálogo de fuentes que implica además, tal como lo pone de manifiesto el voto de la Dra. Benavente, que se relativiza en parte la discusión acerca de si el deber de seguridad subsiste o no en el nuevo Código Civil y Comercial teniendo en cuenta Destacamos también la importancia que reviste la extensión de la responsabilidad objetiva por riesgo a las actividades riesgosas y peligrosas (por su naturaleza, por los medios empleados o por sus circunstancias de realización, conf. arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y

Com.), como así también la marcada incidencia del "riesgo de la actividad" lo que implica la imposibilidad de eximirse de responsabilidad por los daños propios o inherentes al funcionamiento o quehacer intrínseco de cada actividad.

III.2. Las casuales de exoneración en la responsabilidad objetiva

Las casuales de exoneración pueden analizarse con relación a cada uno de los presupuestos de la responsabilidad. En la responsabilidad objetiva por riesgo se presentan particularidades — que fueron puestas de manifiesto en los dos casos judiciales— ya que existen eximentes específicas que están expresamente vedadas. Así, el art. 1757 establece dos causales de exoneración sin efectos liberatorios: a) la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad y b) el cumplimiento de técnicas de prevención. En el primer caso, se trata de una causa de justificación (eximente vinculada a la antijuricidad), mientras que en el segundo se trata de una eximente ligada al factor de atribución. Empero si bien la prevención no opera como eximente (art. 1758, Cód. Civ. y Com.) en cambio puede implicar el nacimiento de responsabilidad para el agente que no obra conforme deber general de prevención, previsto particularmente en los arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com., y cuyo incumplimiento puede tornar ilícita la conducta omisiva o de abstención con fundamento en un factor subjetivo de atribución.

Las dos causales mencionadas (la autorización administrativa y el cumplimiento de las medidas de prevención) tienen especial gravitación en otros supuestos de responsabilidades por riesgos agravados, tanto del Cód. Civ. y Com. como de los microsistemas. Por ello, el parámetro general del art. 1733, inc. e) del Código dispone que no se configura caso fortuito ni imposibilidad de cumplimiento respecto del riesgo que constituye "una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad". A ello se añaden otras disposiciones del Código que prevén supuestos particulares. Por ejemplo, en materia de responsabilidad del hotelero se hace expresa referencia a la eximente del caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera (arts. 1371 y 1372), criterio que es extensivo a los supuestos del depósito y de "establecimientos o locales asimilables" (hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y establecimientos similares que presten servicios a título oneroso, según los arts. 1375 y 1376 del Código); en lo relativo al servicio de caja de seguridad el prestador responde solo por caso fortuito ajeno a su actividad o por vicio propio de las cosas guardadas (art. 1413, Cód. Civ. y Com.); algo similar en materia de transporte (arts. 1286, 1293 y 1294, Cód. Civ. y Com.). Además de las regulaciones de las normas especiales (art. 29 de la Ley General del Ambiente (ley 25.675), art. 40 de la Ley de Residuos Industriales (ley 25.612), art. 45 de la Ley de Residuos Peligrosos (ley 24.051), entre otros (11). En definitiva, las contingencias propias de la actividad dañosa —el "riesgo propio"— no operan como circunstancias exoneratorias, y de ese modo en el Código Civil y Comercial se torna más restrictiva la invocación del caso fortuito liberatorio. De ahí que compartimos plenamente la conclusión de ambos decisorios: los daños normales de la utilización de los juegos (caerse de "la banana acuática" o resultar expulsado del "toro mecánico") están comprendidos en el ámbito interno o propio de la misma actividad.

III.2.a. Antijuricidad y causales de justificación

Según la secuencia lógica de presupuestos de responsabilidad, corresponde analizar en primer lugar la existencia de causales de exoneración con relación a la antijuricidad, las que son denominadas causas de justificación. En el nuevo paradigma propuesto por el Código, el hecho dañoso es antijurídico sino se encuentra justificado (art. 1717, Cód. Civ. y Com.). Esto significa

que el análisis se invierte y, advertida la presencia de un hecho dañoso, este se considera antijurídico hasta tanto no se acredite una causa de justificación. Si no se logra probar la presencia de alguna de las causales de exoneración, corresponderá mantener vigente la regla y tener por antijurídico al hecho que causa daño (art. 1734, Cód. Civ. y Com.). Recordemos que —ahora— el "daño injustamente sufrido" abarca al daño injustificado y al daño justificado pero indemnizable por razones de equidad (daño causados por actos involuntarios que no constituya fuerza irresistible, y por estado de necesidad) y por enriquecimiento sin causa (daño proveniente de un acto de abnegación respecto del beneficiado por dicho acto). Además, como se asegura en una de las sentencias analizadas (el caso de la "banana acuática") "tratándose de un deber que se funda, para la reparación, en un factor de atribución objetivo, el solo acaecimiento del daño hace presumir su incumplimiento y la responsabilidad del prestador y de todo el que haya intervenido en la cadena de comercialización (art. 40, ley 24.240)" (12) .

Un aspecto importante es que la doctrina que entiende que la antijuridicidad no constituye un presupuesto de la responsabilidad (en ningún caso, para algunos autores; solo a veces, para otros), ostenta mayor predicamento cuando se trata de la responsabilidad objetiva, especialmente de la derivada de las actividades lícitas (13). A ello se responde que en tales casos la antijuridicidad se presenta como un *posterius*, ya que a priori no hay conducta reprochable, porque crear un riesgo implica un peligro en abstracto, no en concreto. "La actividad riesgosa es, en sí misma, lícita, en tanto, claro está, no fuera expresamente prohibida por las leyes. Aquí el deber de responder radica en el resultado axiológicamente disvalioso de un acaecimiento o evento, independientemente de la culpabilidad del responsable"; varía el momento de valoración de la antijuridicidad (14). Otro autor completa el razonamiento afirmando que, en los supuestos de responsabilidad objetiva, la ley presume que el agente ha incurrido en un hecho antijurídico; es decir, que ha infringido un deber jurídico; "producido el daño nos encontramos con una antijuridicidad presumida por la ley" (15). Se acota que, dado el fundamento constitucional de la antijuridicidad, anclado en el art. 19, CN —que a su vez tiene su origen histórico en los arts. 4º y 5º de la Declaración de Derechos del Hombre— la ley presume que se ha incurrido en un hecho antijurídico consistente en una infracción al deber de custodia o vigilancia sobre la cosa riesgosa, al incumplimiento de una norma de tránsito o de otro deber jurídico (16). En nuestra opinión, la antijuridicidad —aún en los supuestos de responsabilidad objetiva y de aquella que no se sustenta en factores subjetivos— en definitiva y a la larga resultará del comportamiento o conducta que subyace en la actuación del dueño, guardián o responsable *prima facie* de la cosa o actividad. La ilicitud recae en el resultado final, que jurídicamente siempre será atribuible a quién actuó u omitió obrar con relación a determinada cosa o actividad, aún lícita, y que es el titular de la cosa o actividad causante del daño. Agregamos que, aunque muchas veces el daño proveniente del riesgo o vicio de las cosas o de las actividades, o de otro factor objetivo (como la garantía), concurrirá también con conducta humana reprochable, lo cierto es que, aun prescindiendo de toda actuación o comportamiento humano, a la postre habrá acto u omisión del responsable de la cosa o actividad a quién se le endilgará el resultado causal de ella. Y con relación a esa conducta es predicable la antijuridicidad resultante.

Ahora bien, como establece el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. —recogiendo la pacífica doctrina y jurisprudencia— la autorización administrativa para el uso de la cosa riesgosa o el desarrollo de la actividad riesgosa o peligrosa no constituye una eximente válida. Si nos ubicamos en la teoría general de la responsabilidad civil, se impide al dueño o guardián de la cosa (o al organizador de la actividad) alegar el ejercicio de un derecho como causa de justificación (arts.

1718, inc. a), 1757, 2º párr., Cód. Civ. y Com.). En el precedente de Neuquén en análisis se concluye —correctamente— que la circunstancia de que el empresario contara con autorización de la autoridad administrativa para desarrollar la actividad y que la llevara adelante con regularidad y normalidad no constituyen una eximente que libere de responsabilidad (17).

En estos casos, cómo se anticipó, tiene particular importancia la legislación especial. Por ejemplo, en el microsistema ambiental, la autorización administrativa no libera de responsabilidad, de modo que es irrelevante que el demandado alegue esta circunstancia. En tal sentido el art. 29 de la Ley General del Ambiente (ley 25.675) dispone que "la exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas". De modo que, así como en el sistema de derecho privado la autorización administrativa no supone irresponsabilidad, en el subsistema de derecho ambiental la prohibición administrativa conlleva responsabilidad presunta.

Otra causa de justificación de la antijuridicidad que es analizada en ambas sentencias se refiere a la llamada asunción de riesgos.

Ya antes de la reforma se había debatido acerca de si la participación en una actividad riesgosa implicaba una asunción de riesgos que eximía, por sí misma, de responsabilidad al dueño, guardián u organizador. El Código Civil y Comercial, siguiendo las conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009 estableció en el art. 1719 del Código que "la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad" por lo que la asunción de riesgos no es una causa de justificación (18). En esta línea, el fallo de la Cámara Nacional que analizamos determinó que, aun cuando exista una exposición voluntaria a los peligros del juego, el empresario debía garantizar el deber de seguridad (el que, frente a mayores riesgos, se vuelve más exigente), pues lo contrario haría recaer sobre la víctima el riesgo de la actividad, lo que importaría "modificar las claras directivas constitucionales que encierra un deber de seguridad genérico para las relaciones de consumo" (19). En otras palabras, "en materia de riesgos, como principio general, asumir el riesgo no significa asumir el daño" (20).

Empero, y retomando la vinculación entre la autorización administrativa o la habilitación para actuar que deriva de reglamentaciones o disposiciones legales o convencionales, lo importante es que —por lo general— la infracción o el incumplimiento de esas regulaciones acarrearán efectos jurídicos computables a fines de ponderar la antijuridicidad. Ello se presenta particularmente en materia de derecho deportivo y de actividades de alto riesgo, y del denominado "turismo aventura" (21). En general, y con matices, se afirma que es válida la asunción de riesgos típicos o normales de ciertas actividades recreativas o deportivas o actividades riesgosas, lo que opera en el ámbito de la causalidad, y que —salvo disposición legal en contrario— el consentimiento libre e informado del damnificado, que no recae sobre bienes disponibles y no constituye una cláusula abusiva, libera de responsabilidad, lo que opera en la antijuridicidad (arts. 1719 y 1720, Cód. Civ. y Com.). Para ello las reglamentaciones constituyen una importante base fáctica de ponderación de lo permitido y de lo prohibido: sin perjuicio de que acatar las reglamentaciones no supone irresponsabilidad, su inobservancia podrá, en principio, acarrear responsabilidad. Aquí las opiniones exhiben distintas variantes.

Algunas señalan que solo la infracción notoria de dichas reglas generará responsabilidad (22); otras que la mera infracción presupone culpa; mientras que a veces se exige un "plus" de conducta reprochable.

En la jurisprudencia se sostiene que "la apreciación de la conducta del deportista, a los fines de juzgar su responsabilidad por las lesiones de otro participante del encuentro deportivo, deberá efectuarse partiendo de la premisa de que, mientras se ciña en principio a los reglamentos del certamen y no realice actos que se aparten de lo normal en la competición, quedará exento de responsabilidad, por no configurar su proceder una omisión de las diligencias requeridas por las circunstancias del caso" (23). Añadiéndose en ese precedente que "las conductas habidas en oportunidad de encuentros deportivos de las cuales resulten dañados los deportistas participantes pueden dar lugar al deber de resarcir cuando media una acción, que viola el reglamento del juego y denota un obrar culposo por imprudencia o torpeza o, cuando existe un obrar intencional dirigido a provocar el daño".

En definitiva, la asunción del riesgo, el consentimiento informado, la autorización o habilitación para realizar la actividad, la inobservancia a las reglas que rigen el deporte o actividad, el riesgo genérico y los riesgos específicos de las actividades, y más allá de diferentes enfoques y matices, tienen honda gravitación en la ilicitud de conducta generadora del deber de resarcir.

III.2.b. Exoneración y factor objetivo de atribución

Uno de los puntos que es específicamente analizado en las sentencias comentadas es la eficacia liberatoria de las medidas de seguridad, o del normal desenvolvimiento de la actividad. Como vimos, estas son las circunstancias que fueron tenidas en cuenta, en ambos precedentes, por los jueces de primera instancia para rechazar la demanda. Las dos Alzadas intervinientes encuadraron adecuadamente la cuestión.

En un caso —el del "toro mecánico"— el organizador demandado había acreditado el normal funcionamiento del juego y la adopción de medidas de seguridad (correas de sujeción o agarre, colchoneta de protección alrededor del juego, lona tipo pollera para evitar el acceso a los mecanismos de funcionamiento del juego). Sin embargo, la sentencia de Cámara concluyó que "no basta que la demandada pruebe que adoptó los recaudos necesarios para garantizar que la caída del toro mecánico —inevitable, por otra parte— se realice sin mayores inconvenientes y sin producir daños, porque para eximirse del deber de responder debe probar la causa ajena..." (24). En el otro caso —el de la "banana acuática"— también se verificó que la actividad se desarrollaba normalmente y que el organizador había adoptado todas las medidas de seguridad indicadas por la autoridad de aplicación (colocación de chalecos salvavidas y cascos, e impartir instrucciones con carácter previo al comienzo de la actividad), no obstante lo cual se descartó como eximente (25).

Es decir, siendo un caso de responsabilidad objetiva, el responsable no puede liberarse demostrando que ha obrado con la diligencia adecuada a las circunstancias de tiempo, lugar y persona, sino que únicamente se libera probando la existencia de una causa ajena (art. 1722, Cód. Civ. y Com.). La prueba de la "no culpa" es insignificante a los efectos liberatorios en la responsabilidad objetiva.

Más allá de lo dicho, hemos expresado nuestra opinión coincidente con quienes consideran que, tratándose de un caso específico de responsabilidad objetiva por riesgo, el agente demandado podría demostrar el "no riesgo" de la cosa o de la actividad y con ello liberarse del

deber de indemnizar, por faltar uno de los requisitos tipificantes de la responsabilidad por riesgo (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.) (26). No obstante, vale aclarar que la carga de la prueba del "no riesgo" es rigurosa y si la causa del daño permanece ignorada, indeterminada o desconocida procede la pretensión resarcitoria (27). Máxime tratándose, como en los casos analizados, de daños sufridos en el marco de una relación de consumo.

Anteriormente hemos sostenido que, con relación al nexo de causalidad, puede ocurrir que por falta de prueba la causa del daño permanezca "desconocida" (28), no revelada, oculta, o ignorada (29) o "indefinida" (30). En tal caso la teoría del riesgo produce dos consecuencias prácticas importantes: la demanda prosperará totalmente, por el 100%, ya que es el sindicado como responsable quién debe acreditar la procedencia de la eximente asumiendo una conducta procesalmente positiva (31). La promoción de la demanda opera como una suerte de hecho cuasi constitutivo, por lo que el dueño o guardián demandado deben tener un rol activo y dinámico desde que tienen a su cargo la alegación y prueba de los hechos extintivos, invalidativos u obstativos (32). La prueba de la eximente debe ser clara (33), demostrada en forma asertiva (34), concluyente (35), convincente y unívoca (36). Por otro lado, si medió demanda y reconvenición, ambas prosperarán por el total, cada una por el 100%, sin que proceda ninguna compensación o distribución causal en razón de la falta de prueba

Y ello tiene particular relevancia porque en el caso "de la banana acuática" se destaca que la demandada no alegó ninguna causal eximente, lo que perjudica su situación procesal incluso conforme anterior jurisprudencia de la Corte Nacional (37).

III.2.c. Relación de causalidad. Hecho del damnificado y caso fortuito como causa ajena

De acuerdo con lo dicho, únicamente es posible liberarse de la responsabilidad civil por un factor de atribución objetivo demostrando la concurrencia de una causa ajena, noción que incluye al hecho del damnificado (art. 1729), el caso fortuito (art. 1730), el hecho de un tercero por quien no se debe responder (art. 1731). En los casos que motivan este comentario se analizan especialmente dos supuestos: el hecho del damnificado y el caso fortuito "externo".

Según el art. 1719, Cód. Civ. y Com., la asunción de los riesgos de la actividad podría constituir un hecho del damnificado, para lo cual el hecho del perjudicado debe tener incidencia en la relación de causalidad (arts. 1726, 1726 y 1727, Cód. Civ. y Com.). Esto significa que debe descartarse la asimilación entre asunción de riesgos y hecho del damnificado. En otras palabras, el hecho de someterse a una situación de peligro (en el caso, participar de juegos que involucran riesgo) no constituye, sin más, un hecho del damnificado. Por el contrario, el hecho de la víctima —sea una acción o una omisión— debe tener incidencia causal en la producción del daño. Más aún cuando se trata de daños previsibles en la actividad o la cosa. Por lo tanto, frente a las contingencias normales de la actividad el solo hecho de participar en ella no constituye un hecho del damnificado.

E inclusive tampoco se libera por hecho del damnificado cuando el daño se produjo por conductas inapropiadas del lesionado, si esas actitudes eran en sí mismas previsibles. Así lo estableció la jurisprudencia en un precedente en el que se sostuvo que el organizador de un juego con máquinas era responsable por los daños sufridos por el usuario, aun cuando se probara el funcionamiento normal y que el daño sobrevino a causa de la impericia de la víctima, porque esta debía ser prevista en la naturaleza del entretenimiento (38).

Lo que decimos se vincula directamente con el caso fortuito, que es la otra circunstancia que provoca la ruptura del nexo adecuado de causalidad. En los dos ejemplos, la caída era un

evento normal y previsible, al punto tal que —como lo destaca uno de los fallos— el objetivo del juego es provocar la caída del participante (tanto en el "toro mecánico" como en "la banana"). Por ello, al estudiar la configuración de un caso fortuito, la Cámara Nacional sostiene que "si una máquina de diversiones está destinada a simular una doma campestre, en la que tarde o temprano pierde el jinete, quien organiza el juego está llamado a responder en la medida que el daño no hay salido de su esfera de riesgo". Es decir, el análisis se yergue sobre la exterioridad (o extrañeza) del riesgo como requisito del caso fortuito, lo que se encuentra expresamente recogido en el Código Civil y Comercial en que se dispone que no constituye caso fortuito "una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad" (art. 1733, inc. e), Cód. Civ. y Com.).

Para concluir podría pensarse qué ocurre con la conducta de los otros participantes en el juego. Entendemos que no constituyen un hecho de un tercero las conductas que resulta previsible de los terceros participantes de un juego, pues se trata de riesgos inherentes a la actividad y por lo tanto carecen de la imprevisibilidad requerida para la configuración del hecho de un tercero (arts. 1731, 1730 y 1733, inc. e), Cód. Civ. y Com.). Por ejemplo, el propietario debe responder por los daños causados a una niña como producto de la caída generada al encontrarse jugando con otros niños en un inflable, ya que la conducta previsible que pueden asumir los chicos que jugaban en el pelotero no constituyen un hecho de un tercero por el que no deba responder (39).

Una consideración final vinculada a una referencia del fallo de la Cámara Nacional respecto de un aspecto esencial: debe protegerse la confianza del usuario —derivada de la buena fe y de la apariencia— y su razonable expectativa de que el prestador del servicio adoptará las medidas suficientes para asegurar su vida e integridad psíquica y física. Es que el proveedor se encuentra en mejores condiciones, fácticas y jurídicas, de conocer el riesgo y la probabilidad de su producción, de distribuir los riesgos contratando un seguro, por lo que no solo debe informar al usuario los riesgos derivados de la prestación del servicio, sino que además debe asegurar que el cumplimiento del contrato no le causará daños. Estas reglas constituyen las pautas básicas de convivencia, sustentadas en la interrelación buena fe-apariencia-confianza —previsibilidad-razonabilidad— seguridad, todas con ropaje normativo en el Cód. Civ. y Com. (arts. 11, 12, 13, 240, 961, 987, 988, 991, 1061 a 1068, 1074, 1092, 1096 a 1099, 1119, 1120, 1725, 1726, 1728 y concs., Cód. Civ. y Com.).

(1) GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Ezequiel, "Esquema general de las causales de exoneración de responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación" en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) — LORENZETTI, Pablo — PONTORIERO, María P. (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. XII-C, p 41, cuyas conclusiones principales seguimos aquí.

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel A., "Responsabilidad por Daños. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. IV, p. 10. En el mismo sentido, MAYO, Jorge, "Comentario al art. 1066", en BUERES, Alberto (dir.) — HIGHTON, Elena (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3-A, p. 71.

(3) Remitimos al trabajo citado en nota 1.

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel A., ob. cit., t. IV, p. 13.

(5) Remitimos al trabajo citado en nota 1.

(6) CNCiv., sala M, "M., M. R. c. Parque de la Costa SA y otro", del 16/07/2015, en Rubinzal Online, cita: RC J 6133/15, con voto de la Dra. María I. Benavente al que adhirieron las Dras. Mabel De los Santos y Elisa M. Díaz de Vivar.

(7) Según resumen que se realiza en el fallo de Cámara.

(8) CCiv. Com., Laboral y de Minería Neuquén, sala II, "V., I. M. c. Houvardas, Alexis y otro", del 28/07/2016, en Rubinzal Online, cita: RC J 4520/16, con primer voto de la Dra. Patricia Cléricki.

(9) VII Conferencia Nacional de Jueces. Por una justicia al servicio del ciudadano. Comisión IV. Impacto del Código Civil y Comercial de la Nación. Debates jurisprudenciales sobre el derecho civil. Buenos Aires, 28 de octubre de 2016.

(10) Ver GALDÓS, Jorge M. (con la colaboración de Gustavo BLANCO), "El art. 7 Cód. Civ. y Com. y el derecho transitorio en la responsabilidad civil (en la primera etapa de implementación del Código Civil y Comercial)", en MOISSET de ESPANÉS, Luis, Derecho transitorio en el nuevo Código Civil y Comercial, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, p. 281; Ídem, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LA LEY 2015-F, 867.

(11) Remitimos a GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Ezequiel, ob. cit.

(12) CCiv. Com., Laboral y de Minería, "V., I. M. c. Houvardas, Alexis y otro", cit.

(13) En ese sentido DE LORENZO, Miguel F., "El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998", LA LEY 200-C, p. 975 y en "El daño injusto en la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 73.

(14) ZANNONI, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 3ª ed., p. 10. Sostiene que aquí radica precisamente una diferencia esencial en la antijuridicidad cuando el daño proviene de factores subjetivos u objetivos de atribución.

(15) IBARLUCÍA, Emilio A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional", LA LEY 2012-A, 561.

(16) Ibidem.

(17) CCiv. Com., Laboral y de Minería, "V., I. M. c. Houvardas, Alexis y otro", cit.

(18) TOLOSA, Pamela — GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS, 2015-IV, p. 46; CALVO COSTA, Carlos A., "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado. Parecidos, pero diferentes", LA LEY, diario del 03/09/2014, p. 1; MARCHAND, Silvina — PARELLADA, Carlos — BURGOS, Débora, "La asunción del riesgo. ¿Causa eximente o de justificación?", LA LEY 2009-E, 1065; PICASSO, Sebastián, "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", LA LEY 2013-E, ps. 666 y ss.

(19) CNCiv., sala M, "M., M. R. c. Parque de la Costa SA y otro", cit.

(20) CCiv. Com., Laboral y de Minería, "V., I. M. c. Houvardas, Alexis y otro", cit., con transcripción de la opinión de Sebastián PICASSO.

(21) Ver PITA, Enrique M., "La responsabilidad civil deportiva", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 35, 66, 260 y ss.; SILVESTRE, Norma, "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Proyecto de Código. A propósito del 'turismo aventura'", LA LEY 2013-F-854; MARCHAND, Silvina — PARELLADA, Carlos — BURGOS, Débora, ob. cit.; TARABORELLI, José N.,

"La culpa y la aceptación de los riesgos", RCyS 2015-I, 42; PREVOT, Juan Manuel — MAYO, Jorge A., "La idea de aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil", LA LEY, 2009-E, 992.

(22) MÁRQUEZ, José F. — CALDERÓN, Maximiliano, "Daños sufridos por el futbolista profesional", Revista de Derecho de Daños, 2010-2.

(23) SCBA, "Pizzo, Roberto c. Camoranesi, Mauro s/ daños y perjuicios", del 11/07/2012, LLOnline AR/JUR/44249/2012. Ver ABREU, Gustavo A., "Responsabilidad civil del futbolista que causa lesiones durante el juego" RCyS 2013-X, 24.

(24) CNCiv., sala M, "M., M. R. c. Parque de la Costa SA y otro", cit.

(25) CCiv. Com., Laboral y de Minería, "V., I. M. c. Houvardas, Alexis y otro", cit.

(26) Conf. PIZARRO, Ramón D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", Ed. La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 354, y nuestro trabajo GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Ezequiel, ob. cit.

(27) GALDÓS, Jorge M., "Responsabilidad por hecho de las cosas y el riesgo", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Máximos Precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 105.

(28) ZAVALA de GONZÁLEZ, "Doctrina Judicial. Solución de casos", Ed. Alveroni, Córdoba, 2005, t. 4, p. 80.

(29) CCiv. y Com. Azul, sala II, "Liberti, Néstor H. y Arellano, Nancy V. c. Trinidad SA o La Trinidad SA s/ daños y perjuicios", del 12/07/2013.

(30) SCBA, "Rubio, Mario c. Municipalidad de Tornquist", Ac. C. 114.284, del 03/10/2012; "Iglesias, María Elena c. Nueva Chevallier SA", Ac C. 102.054, del 20/05/2009; "Kary de Orgeira, Rosa c. Milanesi, Benjamín", Ac C 90.855, del 11/05/2011.

(31) SPOTA, Alberto, "La responsabilidad por choque de vehículos", JA 1943-II, 36.

(32) GALDÓS, Jorge M., "Los accidentes de automotores y la teoría del riesgo creado (en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Buenos Aires)", LA LEY, 1991-C, 719; Ídem, "Accidentes de automotores, la teoría del riesgo creado y las bicicletas", LA LEY, 1994-B, 71; SC Mendoza, sala 1ª, "Martínez, Jorge c. Verdaguer Correas, Carlos", del 27/12/1991, JA 1993-I-333.

(33) CCiv. y Com. Azul, sala II, "Peris Cort, Julio c. Elizalde, Eduardo y otros", del 15/12/2004.

(34) CCiv. y Com. Azul, sala II, "Álvarez, Oscar E. c. Pereyra, Ismael y otros", del 11/05/06, LLBA 2006-1200.

(35) CCiv. y Com. Azul, sala II, "Borda, Oscar y otros c. Cheves, Hernán s/ daños y perjuicios", del 22/03/2007, LLBA (octubre) 2007,1014.

(36) CCiv. y Com. Azul, sala II, "Sanucci, Ana María c. Lasarte, Marcelo O. y otra s/ daños y perjuicios", del 11/06/2014, Microjuris MJJ86475.

(37) CS, "Galli de Mazzochi, Luisa y ot. c. Correa, Miguel", del 09/02/2001, JA 2002-I-22.

(38) CNCiv., sala E., "Sosa, Eleonora c. Quiroga, Juan Facundo", del 04/03/1996, JA 1997-II, ps. 394 y ss. En el mismo sentido, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Comentario art. 1113", en

BELLUSCIO, Augusto (dir.) — ZANNONI, Eduardo (coord.), Código Civil Anotado, Ed. Astrea, t. 5, p. 530.

(39) CCiv. y Com. Azul, sala II, "O., H. S. y otro c. Pietrafesa, Catalina M.", del 31/11/2016, en Rubinzal Online, cita: RC J 6808/16.