

**Tres objeciones al Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial y su
incidencia en la reparación de infortunios laborales:
La tarifación del daño por lesiones, la inaplicabilidad de las sanciones disuasivas
y la eximición al Estado y sus funcionarios de la responsabilidad civil**

Por Horacio Schick

Se propone en esta reseña efectuar un comentario al Proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, que fuera elevado por la Comisión de Reformas redactora del documento, al que el Poder Ejecutivo Nacional al enviarlo al Senado de la Nación le introdujo algunas modificaciones trascendentes al texto originario del anteproyecto.

En especial, el abordaje de la temática se remitirá a la incidencia de la reforma en la reparación de infortunios laborales, fundados en los presupuestos del derecho civil, a la inaplicabilidad de la sanción pecuniaria disuasiva en los casos de lesiones y la eximición de responsabilidad civil del estado.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE REPARACIÓN.

De los artículos 1734 y 1736 del anteproyecto no modificados en el Proyecto, pero numerados definitivamente bajos los números 1738 y 1740 se trasluce un criterio reparación plena y amplia que trasunta la intención de recomponer económicamente al damnificado, dejándolo indemne por las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas, a raíz del hecho antijurídico que lo ha afectado.

El artículo 1738 enumera en forma exhaustiva los perjuicios a reparar de los damnificados de lesiones: la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante, la pérdida de chance, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos, de la salud, de la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y las que interfieran en el proyecto de vida del dañado.

En el artículo 1739 del proyecto, se establece que para la procedencia de la “indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”. La intención de los redactores del anteproyecto fue recomponer económicamente al damnificado, dejándolo indemne de las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas

La aplicación de estas pautas debería determinar la regulación de una indemnización coherente con estos conceptos.

Esta regulación general es mejorativa del Código Civil vigente, el que en sólo unos pocos artículos remiten a la reparación del daño

Así el artículo 1068, que define en forma general al daño y especialmente a la persona.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

El artículo 1069 prescribe la reparación de “...la ganancia de la que fue privado el damnificado...”.

Los artículos 1084 y 1085 para el caso de los daños que reclamen personas vivas por muerte de otros, y el artículo 1086 si están involucrados daños sufridos por el propio reclamante

Sobre estas bases legales mínimas los jueces otorgan compensaciones por incapacidades físicas y muertes.

El artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, faculta a su vez los jueces a fijar el importe de los daños y perjuicios reclamados, ejerciendo esa aptitud conforme a las reglas de la sana crítica, con explicación de los fundamentos empleadas para arribar a la decisión.

Sobre la base de estos contados artículos, los principales criterios jurisprudenciales para cuantificar las indemnizaciones por daños son los siguientes: 1) El prudente arbitrio judicial sobre la base de la sana crítica y las circunstancias particulares de cada víctima; 2) las matemáticas puras; 3) los baremos de incapacidad; 4) las circunstancias particulares de la víctima: la proyección que la lesión pueda tener sobre el futuro, sobre la base de la edad a la época del accidente, estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar o económica.

Frente a esta diversidad de pautas la Corte Suprema en el fallo “Aróstegui”¹ ha sido clara: al destacar que para evaluar el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil que padece un damnificado no se deben aplicar fórmulas matemáticas.

Más adelante profundizaremos sobre este fallo

II. TARIFACIÓN DEL DAÑO POR LESIONES

2.1 Las fórmulas matemáticas del proyecto

El artículo 1746 del proyecto enviado al Senado, idéntico al anteproyecto merece críticas por cuanto establece que en los resarcimientos por lesiones (hechos masivos como son los accidentes de tránsito y laborales) se opta por cuantificar los daños utilizando una fórmula matemática.

Dice el artículo 1746, que: *En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.*

2.2 La Corte Suprema criticó las fórmulas aritméticas

Este cálculo aritmético, conocido como fórmula “Vuoto”², fue seriamente cuestionado por la Corte Suprema en el célebre y ya citado fallo “Aróstegui”, donde expresó que para evaluar el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil no se deben aplicar fórmulas matemáticas.

La Corte Federal reafirmó la doctrina conforme la cual, para evaluar el resarcimiento civil del daño, en este caso un trabajador -víctima de un accidente del trabajo-, no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni son válidos, por ejemplo, los criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de la Ley sobre Riesgos del Trabajo⁷.

En este fallo el Supremo Tribunal nacional impugnó especialmente la utilización de la fórmula matemática “Vuoto”, según la cual, el monto del capital de la indemnización por daños (exceptuando el daño moral) era equivalente a una suma de dinero, que surgía de la operación matemática de los siguientes factores: edad, porcentaje de incapacidad, remuneración que por todo concepto hubiere percibido el damnificado durante el año anterior al hecho y que devengando un interés puro, se amortice en el período que abarca desde el siniestro hasta la obtención de la jubilación ordinaria.

La Corte criticó este criterio aritmético indicando que se trata de una “tarifa distinta en apariencia de la prevista en la Ley de Riesgos del Trabajo, pero análoga en su esencia pues,

¹ CSJN, 8/04/2008, “Aróstegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pаметal Peluso y Compañía SRL”

² CNAT, Sala III, 16/06/78, “Vuoto, Dalmero Santiago c/AEG Telefunken Argentina SAIC s/Accidente de Trabajo - Acción Civil”.

al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada ‘total obrera’ y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos, proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que ‘el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales’ ya que no se trata ‘de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres’³.

Así pues, la Corte Suprema criticó este método limitativo dado que el régimen del derecho civil busca reparar el valor integral de la vida humana, el cual no puede ser apreciado con criterios exclusivamente aritméticos, agregando que, en el cálculo de las indemnizaciones civiles, deben contemplarse los perjuicios en la vida de relación social, deportiva, artística y todos los rubros que existan al margen del menoscabo de la actividad productiva.

También se agregó en “Aróstegui” que: “Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación” (del voto de los ministros Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni).

2.3 Lo que las fórmulas matemáticas no indemnizan

Las fórmulas matemáticas consideran que la vida humana no tiene un valor económico *per se* sino en función de lo que produce o puede producir, criterio que constituye un enfoque estrictamente económico, axiológicamente disvalioso y que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelados por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, artículos I, II, III, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2°, 3°, 6°, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país (ver también MORELLO, Augusto M., en “La vida humana y los valores”, JA 2005-III-256). La vida humana tiene un valor constitucional, a pesar de la ausencia de toda regla constitucional concerniente a la protección de la vida humana⁴.

El empleo de fórmulas matemáticas para calcular las indemnizaciones por daños materiales por lesiones psicofísicas, tanto en la sistema de daños en general, como en particular en los subsistemas de daños laborales fundados en el derecho civil, o por accidentes del tránsito, medioambientales, o provenientes de la afectación de los derechos de consumo, son reprochables en el sentido de que sólo resarcen el llamado lucro cesante.

El uso de las fórmulas estereotipadas e inflexibles conlleva el riesgo de reparación no integral porque consideran una situación general que desatiende la circunstancia particular del dañado.

³ Cf. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA” del 21/09/2004 (voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Belluscio y Highton de Nolasco, Fallos 327:3753, 3765/3766, 3787/3788; y 3797/3798, y sus citas y “Díaz”, voto de la jueza Argibay, Fallos 329:473, 479/480 y sus citas).

⁴ GIALDINO, Rolando, *Investigaciones*, Secretaría de la Corte Suprema, 1998, pp. 1-93.

La fórmula toma en cuenta el último sueldo o ingreso del damnificado, no contempla circunstancias aleatorias, tanto de mejoras (chance) como de mermas (pérdidas de ingreso), de empleo que implica segregación definitiva del mercado formal (40% de incapacidad, es hoy día causa de exclusión completa del mundo productivo).

La edad utilizada en “Vuoto” era 65 años y en “Méndez”⁵ fue elevada a 75. Sin embargo, utilizadas rígidamente, conducen a situaciones de inequidad porque el trabajador joven recibe una indemnización mayor que uno de edad avanzada.

Si se aspira a una indemnización íntegra y ajustada al caso concreto deben forzosamente contemplarse otras variables para la determinación del *quantum* no consideradas en la fórmula, que solo contempla el lucro cesante, las cuales se puedan acreditar en la causa. Así puede considerarse el daño futuro, las diferentes posibilidades de pérdidas de chance (ascensos, nuevos puestos de trabajo, nuevas cotizaciones del oficio en el mercado o en otros oficios distintos realizados por el damnificado) u otros aspectos del daño permanente distintos al nivel de incapacidad y al remanente de “vida útil”.

Desde otro punto de vista, son también cuestionables las fórmulas matemáticas por no reparar el daño en su integridad, pues las personas que perciben un salario más bajo que otras, cuando sufren un accidente, sus gastos se incrementan en una suma mayor a cuando gozaban de su plena capacidad.

El doctor Emilio E. Romualdi sostuvo al respecto: “[...] las fórmulas basadas en salario son profundamente injustas. No sólo por los aspectos destacados en el precedente ‘Aróstegui’ sino también porque quien menos gana necesita la utilización de su cuerpo para su vida cotidiana tanto en el aspecto laboral como en los de relación. Para graficar la idea quien gana \$ 1000 viaja en colectivo, pinta su casa, hace los arreglos de plomería o albañilería o corta el pasto. Quien gana \$ 10.000 viaja en auto, lo que conlleva mayor confort para soportar la discapacidad o el dolor y terceriza la mayor parte de las tareas antes mencionadas”⁶.

De lo que se viene exponiendo, se puede afirmar que las fórmulas pueden ser empleadas solamente como un punto de partida o marco referencial “mínimo”, para el cálculo del lucro cesante, en relación a los ingresos del damnificado en el empleo, en general, donde trabajaba cuando ocurrió el infortunio, pues la reparación debida en concepto de daños provocados a la salud, no ha de limitarse a la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador, sino que debe comprender “todo daño y perjuicio”, conforme el principio de reparación plena.

En relación al daño del “proyecto de vida”, el profesor Fernández Sessarego señala que entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja continua y permanentemente en su existencia, hay uno que es singular, único e irrepetible: el “proyecto de vida”. Éste constituiría “aquello por lo cual cada ser humano considera valioso vivir, aquello que justifica su tránsito existencial. Significa, por ello, otorgarle un sentido, una razón de ser a su existir. Es la misión que cada cual se propone realizar en el curso de su temporal existencia. Es un conjunto de ideales aspiraciones, de expectativas propias del ser existente. En suma, se trata, nada menos, que del destino personal del rumbo que se quiere dar a la vida, las metas o realizaciones que el ser humano se propone alcanzar. Es la manera que se escoge para vivir, la cual, de cumplirse en la realidad de la vida, colma la existencia, otorga plenitud de vida, de realización personal, felicidad. Cumplir con el “proyecto de vida”

⁵ CNAT, Sala III, sentencia 89.654, 28/04/2008, “Méndez, Alejandro Daniel c/Mylba SA y otro s/Accidente - Acción civil”.

⁶ ROMUALDI, Emilio E., “La reparación del daño a las personas en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* N° 10, mayo de 2008, pp. 868/871.

significa que la persona ha hecho realidad el destino que se propuso alcanzar en su vivir, en su tiempo existencial”⁷.

La reparación del daño al “proyecto de vida”, requiere una especial atención de parte del Juzgador quien debe penetrar, con finura y profundidad en la materia. Para ello, luego de analizar la vida de la víctima, debe determinar cuáles son sus metas existenciales, qué es lo que le interesa hacer con su vida, averiguar por su escala de valores, cuáles de éstos vive con mayor intensidad al extremo de otorgar sentido de ser a su vida⁸.

En definitiva, puede afirmarse que quizá el daño más grave que se puede causar a la persona, es aquel que incide en su “proyecto de vida”. El truncamiento o frustración del mismo o su simple menoscabo, tienen consecuencias radicales en la existencia misma del sujeto afectado.

Por ejemplo, en el caso del accidente de un pianista que pierde el dedo meñique no solamente pierde ese dedo: nos hallamos ante una situación límite desde que ya no podrá ser más “un pianista”, actividad que otorgaba un sentido a su vida, una razón de ser. Éste “dejó de ser lo que había decidido ser”, por lo que enfrenta un vacío existencial que será difícil de llenar con otra actividad.

Si bien es cierto, que no es sencillo valorizar pecuniariamente el daño al “proyecto de vida”, ya que el destino del ser humano no tiene precio, pues no está en el mercado, sería totalmente injusto dejar de indemnizar un daño de esta magnitud, mientras se resarce económicamente daños ocasionados a entes inanimados o al patrimonio de las personas. Sólo la “justa reparación” es la “reparación íntegra” del daño inmerecido y la reparación plena comprende “todo” el daño. No es más pero tampoco menos que el concreto perjuicio que sufrió la persona humana, atendiendo a toda su particular singularidad.

Las fórmulas matemáticas evidentemente no contemplan este daño autónomo, diferente de otros daños patrimoniales y morales.

En definitiva, limitar las indemnizaciones por lesiones e incapacidad con criterios economicistas, implican un retroceso y determinan un margen del perjuicio en cabeza del dañado, lo que se contradice con la aspiración que se formula en los proyectados artículos 1738 y 1740 según los cuales el resarcimiento debe comprender la reparación plena, superando el mero lucro cesante, que sólo resarce la fórmula matemática, por la que definitiva y operativamente se opta en el artículo 1746 del proyecto.

Por último cabe la recordar que antes de ser Ministro, Presidente de la Corte y de la Comisión reformadora de los Códigos, el doctor Lorenzetti también había criticado la fórmula “Vuoto” señalando que: “[u]no debiera preguntarse ¿Por qué se usa esa fórmula? ¿No hay otras mejores? Muchas veces caemos en el encanto de lo irracionalmente simple. La fórmula mencionada no es usada en ninguna de las actividades que se ocupan de la previsión futura; ni la actividad aseguradora ni la previsión social se basan en ella, porque es de una extremada simpleza. De modo que no puede decirse que sea técnicamente buena. Tampoco representa adecuadamente lo que alguien aceptaría cobrar si tuviera que retirarse de su actividad normal y vivir de rentas. Más absurdo es afirmar que eso sirve para personas que normalmente exhiben una incapacidad cultural para manejar estos dineros; al cabo de un tiempo se quedan con muy poco, frustrándose todos los cálculos matemáticos. Las inestabilidades económicas, las malas inversiones, los parientes, el entorno, son riesgos que uno se ve obligado a asumir y que si no estuviera dañado no tendría por qué hacerlo”. Agrega finalmente que: “[e]n realidad esta fórmula no ha tenido otra justificación que la limitación encubierta de los daños resarcibles. Esta medida debiera ser tomada por el

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Reconocimiento y reparación del ‘Daño al Proyecto de Vida’ en el umbral del Siglo XXI”, en GRISOLIA, Julio A. et al. (coord.), *Temas Esenciales del Derecho Laboral (Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein)*, Buenos Aires, IJ Editores, 2009, p. 89.

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV, N° IV, noviembre-diciembre 2002, La Ley, p. 20.

legislador si la considera necesaria, como lo ha hecho expresamente en varios casos, pero es insostenible limitar cuando la ley no lo hace”⁹.

2.4. ¿Cuál es exactamente la tarifa del proyecto?

El artículo 1746 del proyecto invoca una renta que debería cubrir *la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.*

¿Cual es ese plazo o edad tope?

El proyecto no la define y queda a criterio de cada Juez, que por ejemplo puede tomar la edad jubilatoria ordinaria de 60 años para las mujeres y 65 para hombres, o en otros casos será 55 para trabajadores de la construcción o 57 para los incluidos en el régimen agrario.

¿El Juez estará habilitado para extender ese plazo?

No es apropiado dejar abierta esa posibilidad para una discrecionalidad interpretativa en el ejercicio jurisdiccional.

En verdad, aún no compartiendo el criterio de las fórmulas que propone el artículo 1746, de insistirse con este enfoque aritmético, debería adoptarse, cuando menos, el tope de edad de 75 años, que es el promedio actual de vida en la Argentina.

Así ha señalado la jurisprudencia: “A los fines de la reparación integral cuando el trabajador acciona por el artículo 1113 del C. C., la edad que debe tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización correspondiente es de 75 años, pues no se trata de la edad base a la cual puede un trabajador acceder al débito social jubilatorio, sino a la expectativa de vida útil que como se sabe en el país se ha elevado sustancialmente”¹⁰.

La fórmula que desarrolló el Dr. Guibourg en el caso “Méndez”¹¹ (referida a la indemnización de un accidente de trabajo fundado en el derecho civil), consiste en un cálculo aritmético que tiene como fin obtener un capital que repare el lucro cesante y que el mismo sea igual a la suma anual con la incidencia de los aumentos, que colocada a un interés puro del cuatro por ciento anual, permita a la víctima un retiro mensual de una suma equivalente a la incapacidad que lo afecta, hasta que el damnificado cumpliera los setenta y cinco años, considerada la edad promedio de vida actual.

La fórmula “Méndez” con la agregación y cambios de factores, mejora el resultado del monto indemnizatorio de “Vuoto” y fue dictada por la Sala III de la CNAT luego del fallo “Aróstegui”, para adaptarse -según opinión de su creador- a los nuevos lineamientos de la Corte, porque comprende más adecuadamente el concepto de lucro cesante y evalúa la pérdida de chance, aunque sólo hasta los 60 años de edad. Cabe destacar que esta fórmula no incluye el daño moral, que se determina en forma independiente del monto del daño material y sin formulas matemáticas.

El proyecto en el artículo 1746 efectúa una involución respecto al régimen vigente, porque según su redacción parece regresar a “Vuoto”, con pautas abiertas sujetas a interpretaciones diversas de los operadores jurídicos, incluso sin computar la edad de 75 años y la pérdida de chance que, aunque limitadamente, consideraba la ecuación del fallo “Méndez”.

2.5 Eliminación del artículo 1746

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, “La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 1, Sec. Doctrina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pp. 102 a 141, p. 138.

¹⁰ CNAT, Sala VI, sentencia 33.918, 22/08/1990, “Mamani, Trinidad c/SADE OBRELMEC”.

¹¹ CNAT, Sala III, sentencia 89.654, 28/04/2008, “Méndez, Alejandro Daniel c/Mylba SA y otro s/Accidente - Acción civil”.

En síntesis, en materia de cuantificación del daño resarcible en el Proyecto se han encontrado aciertos y mejoras, en las enunciaciones y principios generales, sin embargo en los casos más frecuentes de lesiones y gran incapacidad se ha consolidado un viraje regresivo al proponer las criticadas fórmulas matemáticas.

Es evidente que el proyecto trasunta la aspiración de homogeneidad de los montos de condenas que otorguen los jueces, para dar predictibilidad a los obligados y compañías de seguros, y que supuestamente así, puedan hacer sus reservas.

Esta pretensión establecida a través de una antigua fórmula matemática, dejada de lado por los tribunales por decisión de la Corte Suprema, se contradice con la debida reparación integral del daño psicofísico sufrido por la víctima, o la “efectiva tutela de la persona humana”, conforme a las particulares circunstancias de cada caso, que debe ser considerado un valor supremo, como se invoca en general en los artículos 1738 y 1740 del proyecto enviado al Senado.

La Corte Suprema ha establecido una orientación clara hacia los jueces de las instancias inferiores, en el sentido de que las condenas por daños y perjuicios no se desnaturalicen, a través de la utilización excluyente de fórmulas matemáticas o comparaciones con el sistema tarifado, que terminan siendo reduccionistas y contradicen el régimen del derecho común que se está aplicando.

Por eso se sostiene que las formulas matemáticas generalizadoras no son justas y que lo equitativo es calcular los resarcimientos por daños sobre la base de un prudente arbitrio judicial que contemple las circunstancias particulares del dañado, como son la edad, estado de salud, incapacidad para la actividad laboral y extralaboral, aptitud artística, deportiva, repercusión en la actividad social, familiar y económica y las consecuencias que las lesiones pueden tener sobre su futuro personal, profesional y su proyecto de vida.

En este sentido, cabe señalar una vez más dos circunstancias relevantes que distinguen al daño laboral y que tornan más injustas las fórmulas.

En primer lugar, para los trabajadores, el daño a su integridad psicofísica adquiere una relevancia sustancial, pues, a diferencia de otros dañados, para obtener su sustento sólo poseen el ingreso salarial que le provee el empleo para el que están contratados. De modo que su incapacidad, a consecuencia de un infortunio laboral, determina la alta probabilidad de verse impedido de seguir empleando el cuerpo para obtener una remuneración de carácter alimentario y la consecuente segregación total del mercado laboral¹².

Por otra parte, la coacción vital y social lleva al prestador de trabajo a incorporarse cotidianamente a la esfera de riesgos del empleador, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho que provoque daño, en una proporción significativamente mayor que otros sujetos.

Por este motivo sugerimos la supresión del artículo 1746 quedando como criterio judicial para fijar las indemnizaciones por lesiones los enunciados generales establecidos en los artículos 1738 y 1740 del Proyecto, conforme a las circunstancias individuales de cada dañado.

III. SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA O DAÑO PUNITIVO

Dice el proyecto:

ARTÍCULO 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su

¹² ÁLVAREZ, Eduardo, “Validez constitucional del artículo 39 de la ley 24.557”, *Ley de Riesgos del Trabajo I*, pp. 162-3, *Revista de Derecho Laboral*, 2001-2002, Rubinzal-Culzoni

repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Es positivo que se haya incorporado en el artículo 1714 esta sanción disuasiva de modo que los jueces incluyan, conjuntamente con la indemnización reparatoria de los daños y perjuicios, una multa adicional al dañante conforme el modelo del daño punitivo de origen anglosajón, actuando con un efecto desalentador sobre los agentes que tienen aptitud para producir daños.

La sanción civil es un mecanismo preventivo ejemplificador y disuasorio que apunta a proteger la vida y la salud de los potenciales damnificados, que funciona adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para prevenirlos.

La sanción consiste en ordenar el pago, por encima de los valores condenados en calidad de daños y perjuicios, cuando se verifican ciertas conductas graves del dañante, mediante la imposición de una suma de dinero por el comportamiento ilícito.

Esta multa disuasoria está asociada a la prevención de ciertos daños y, también, a la punición de los efectos de actos ilícitos que por su gravedad o por sus consecuencias requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados.

Sin embargo, como surge de la redacción del artículo esta multa civil sólo sería aplicable a los daños consumados contra los “derechos de incidencia colectiva” (ejemplo: el medio ambiente, la transparencia del mercado, la competencia). También quedarán abarcados los daños patrimoniales o extrapatrimoniales de las relaciones de consumo ya previstos en el vigente artículo 52 bis de la ley 24.240 de defensa de los derechos del consumidor.

Esto surge del propio artículo 1714 cuando refiere que : *El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c).*

En el artículo 14 inciso c del anteproyecto y proyecto eliminado en el Proyecto se definían como derechos de incidencia colectiva, aquellos que *son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*

Por lo tanto y conforme se exponía en los fundamentos del anteproyecto la multa civil tendría el siguiente modo de aplicación:

- 1. Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo.*
- 2. Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.*
- 3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.*
- 4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica.*

De modo que están excluidos de la aplicación de esta figura los derechos individuales o bilaterales, patrimoniales o extrapatrimoniales, que no pertenecen a la relación de consumo y los derechos de incidencia colectiva.

Se disiente con la exclusión discrecional de las sanciones punitivas en los casos de lesiones por ejemplo por accidentes de tránsito cuando hay graves negligencias del causante (ejemplo: lesiones al transgredir un semáforo en rojo o corriendo “picadas” en la vía pública).

Aun más grave, es la omisión de la aplicación de esta multa civil en accidentes laborales cuando es sabido que correspondería en los casos de siniestros que se producen en circunstancias en las que se verifica graves displicencias en el resguardo de las condiciones de seguridad de un establecimiento y que a causa de esas omisiones se produce un grave infortunio laboral o se trata de empleadores que ostentan una muy alta siniestralidad.

Este criterio se aparta de la tradición jurídica anglosajona donde nació el instituto.

En este sentido parece oportuno comentar un caso paradigmático referido a un grave accidente laboral ocurrido hace varios años, pero que sería un ejemplo para aplicar la multa civil que se está comentando, de incluirse como se propone en el nuevo Código Proyectoado para infortunios laborales.

Se trataba de un joven trabajador Cristián José Alcorta Olguín, quien contando con sólo 29 años de edad sufrió un trágico accidente de trabajo el día 1 de julio de 2005, en el Molino harinero donde había comenzado a trabajar ese mismo día. Cristián Alcorta sin haber recibido instrucción o capacitación previa, ni habersele otorgado elementos de protección personal, fue asignado con otros operarios más antiguos a realizar el barrido del trigo que se encontraba dentro del silo con una máquina “barredora” de operación manual, la cual opera con un sinfín que va arrastrando el cereal. El ambiente de trabajo tenía un alto grado de polución por restos y polvo del cereal y además era oscuro, carecía de ventilación, de aberturas y tenía una sola puerta de acceso.

Para hacer más efectivo el trabajo, los superiores habían dispuesto extraer la protección a la “barredora” de modo que el tornillo “sinfín” impulsado por un poderoso motor que se hallaba fuera del silo, atrapó al joven Alcorta, produciéndole gravísimas lesiones. El accidente fue extremadamente cruento. Primero el “sinfín” atrapó su pie derecho inferior triturándolo -afectando su pierna derecha- y luego alcanza su brazo derecho en el intento de sacar su pierna derecha, lo que agravó su trágica situación, ya que la máquina seguía operando y recién al cabo de algunos minutos fueron escuchados los gritos por el encargado que se encontraba fuera del silo quien dio la orden de detención del motor, cuyo control se encontraba fuera del silo, lo que constituía una gravísima falta al deber de seguridad. El señor Alcorta fue rescatado entre los hierros por el cuerpo de bomberos local luego de casi tres horas de labor, al cabo de las cuales recibió atención en un sanatorio zonal.

Reconociendo su negligencia el perito ingeniero de la causa determinó que con posterioridad al grave infortunio, dentro del silo para el comando del vaciado se dispone además de la botonera del comando con cables ubicados en la puerta, lo que permite el control remoto del arranque y parada de emergencia del sistema motriz de la rosca sinfín del barredor del silo. Pero en el momento del infortunio, la botonera que detenía el motor de accionamiento del transportador a sinfín de la barredora estaba sólo en el tablero, por lo que para apagar los motores y detener la maquinaria, había que salir afuera del silo o pedir al trabajador de la mano que estaba afuera que le avisara a los gritos al que estaba cerca del tablero, a unos 50 metros, que lo apagara.

El trabajador Alcorta estuvo sometido a un sufrimiento y dolor desgarrador hasta que pudo ser extraído de entre los hierros por los bomberos, padeciendo luego de innumerables operaciones la amputación de su pie derecho, una literal trituración de su pierna derecha (que llevó a su amputación), y de su brazo derecho con lesiones gravísimas en su pie y pierna izquierda debiéndose en la actualidad trasladarse en silla de ruedas y ser asistido en forma permanente por otra persona, sufriendo además depresión reactiva y padeciendo una incapacidad del 91 % de la total obrera.

El trabajador recibió atención médica durante todo el tiempo, además percibió las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente provisoria, sin perjuicio de lo cual, se promovió demanda laboral por accidente del trabajo fundada en el derecho

común contra el empleador y la ART por las prestaciones de la ley 24.557 y por la responsabilidad civil por sus omisiones de control y capacitación. (Artículo 1074 del Código Civil).

Luego del proceso de prueba se dictó la Sentencia Definitiva en las cuales se condenó en forma solidaria a la empleadora y a la aseguradora por la reparación integral del daño sufrido por el trabajador. El fallo incluyó los siguientes rubros: 1) Daños y perjuicios, físicos, psíquicos y estéticos y al proyecto de vida; 2) Daño moral; 3) Lucro cesante; 4) Asistencia permanente de otra persona; 5) Tratamiento psico-terapéutico y 6) Provisión de la prótesis de alta tecnología no otorgada en su momento por la aseguradora¹³

Este caso es un ejemplo que sin duda tornaría aplicable la multa civil diseñada en el Proyecto, si es que se incluyeran los daños por lesiones irrazonablemente excluidos, por las graves displicencias y negligencias del empleador y su aseguradora que el primer día de trabajo destinaron a un joven trabajador a una tarea altamente peligrosa para la que no estaba capacitado, circunstancias que determinaron el gravísimo accidente que cambió para siempre la vida de Alcorta Olguín, quien de ser un joven con una vida normal, paso a convertirse un discapacitado total, por las gravísimas negligencias e incumplimientos a elementales normas de seguridad de su empleador.

En consecuencia, no existe motivo para hacer diferenciación que impide a que los jueces incluyan, conjuntamente con la indemnización reparatoria, esta multa civil para determinados y especiales daños laborales, como un dispositivo eficaz que apunta a proteger la vida y la salud de los trabajadores, por el efecto disuasivo y de advertencia que este instituto contiene.

Es positiva la incorporación de la multa civil a los derechos de incidencia colectiva y los ya vigentes de derecho de consumo, pero resulta reprochable que el Proyecto no lo aplique al ámbito de los infortunios del trabajo, incurriéndose en una discriminación peyorativa, que parece desconocer la especial tutela de raigambre constitucional que ampara al trabajador (Artículo 14 bis Constitución Nacional).

Deberá modificarse esta limitación incluyendo también los casos de lesiones e infortunios laborales, tal como sea aplica en el derecho anglosajón la cultura jurídica anglosajona, donde se origina el instituto.

Finalmente tampoco se comparte la disposición de que *la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*, cuando en verdad debería ser obligatoriamente dispuesta en favor de la víctima como se aplica en el derecho anglosajón, donde se origina el instituto.

En este aspecto el proyecto se aparta de lo dispuesto por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, modificada por la ley 26.361, que dice textualmente:

*Artículo 52 bis: **Daño punitivo.** Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

Como puede observarse, en la ley de defensa del consumidor el daño punitivo tiene como destinatario directo a la víctima, no como una facultad discrecional del Juez sino como una obligación del mismo.

¹³ Sentencia Definitiva N° 3543 de Primera Instancia del Juzgado Nacional del Trabajo N° 38, del Dr. Roberto Pompa en los autos “Alcorta Olguín, Cristián José c/Molino San Martín S.A. y otra s/Accidente de Trabajo”, confirmada por la CNAT, Sala VII, Sentencia definitiva 42.029 del 31/08/2009.

III.- ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El artículo 1069 del Código Civil vigente en su segundo párrafo prescribe que: “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable” (párrafo incorporado por el art. 1° de la Ley N° 17.711, B.O. 26/4/1968, con vigencia a partir del 1° de julio de 1968).

Esta norma consagra una excepción al principio general de plenitud de la reparación, autorizando al Juez a atenuar la obligación resarcitoria, atendiendo a la condición económica del deudor.

El fundamento que se ha esgrimido para justificar esta figura es la equidad, valorando la situación patrimonial del deudor y que, obviamente, el daño no le sea imputable al dolo del responsable. Se trata de evitar una desproporción de la cuantía de indemnización y la situación patrimonial del obligado.

En materia de infortunios laborales no existen precedentes de aplicación del artículo 1069 del Código Civil, ya que es difícil imaginar que el empleador responsable pueda invocar esta morigeración del *quantum* indemnizatorio, dada la notable superioridad económico-social que tiene respecto del trabajador damnificado.

Por otra parte, en el ámbito laboral existe un seguro obligatorio que se debe contratar con una ART y un seguro por responsabilidad civil optativo, que aun con las limitaciones que hemos señalado¹⁴, también obsta a la aplicación de esta norma.

Ahora bien, como puede observarse, en la redacción del artículo 1740 del Proyecto se modifica la norma admitiendo que *el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho*.

Es decir, se han ampliado los supuestos de reducción indemnizatoria como potestad del magistrado a nuevas hipótesis no incluidas en la norma vigente como son la *situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho*.

Estas nuevas definiciones que excepcionan el principio general de reparación plena, sobre todo *las circunstancias del hecho*, ofrecen reparos.

Son figuras de textura abierta, que pueden derivar que la víctima injustamente soporte parte del daño a consecuencia de un hecho antijurídico.

Más allá de que actualmente no existen supuestos de aplicación de la morigeración de la responsabilidad en el ámbito laboral fundados en este instituto, se innova regresivamente -a nuestro entender-, otorgando una innecesaria herramienta discrecional al intérprete, que no estaba normada, con esta amplitud, hasta el presente.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y SUS FUNCIONARIOS.

4.1 La inaplicabilidad del Título V del anteproyecto al Estado.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, el anteproyecto determinaba que éstos respondían civilmente ante los damnificados por los daños ejecutados por sus actos, fueran éstos lícitos o ilícitos, con alcances similares a los daños ocasionados por las personas físicas o jurídicas de orden privado.

Así el Anteproyecto elaborado por la Comisión señalaba que: el Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. (Art. 1764).

El artículo 1765 a su vez disponía que la responsabilidad del funcionario y del empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que

¹⁴ SCHICK, Horacio, *op. cit.*, t. II., pág 617 y siguientes.

implican el ejercicio irregular de su cargo, aclarándose que las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

También el artículo 1766 determinaba la responsabilidad civil objetiva del Estado por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. Aclarándose que la responsabilidad sólo comprendía el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Estos artículos fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional con la siguiente redacción :

Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Como puede observarse en el proyecto enviado al Senado por el Poder Ejecutivo se ha modificado sustancialmente este capítulo limitando la responsabilidad del Estado y sus funcionarios exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, excluyéndolos de la responsabilidad civil frente a terceros y sus propios dependientes.

Es decir que, aunque el accionar del Estado o sus funcionarios, cumpliendo sus deberes o ejerciendo irregularmente sus obligaciones, causaren daño a cualquier habitante del suelo argentino, estaría eximido de reparar los perjuicios ocasionados a estos damnificados, su conducta sería solo juzgada en los limitados y estrechos ámbitos del Poder Administrador.

Según el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional frente al acto regular o irregular del funcionario público o agente estatal sólo existiría la potestad disciplinaria de la Administración.

A su vez los empleados públicos contratados en forma directa o trabajadores subcontratados por contratistas del Estado, respecto a éste, también se verían privados, conforme a la eliminación del capítulo V del Anteproyecto que trata toda la responsabilidad civil objetiva y subjetiva, de toda posibilidad de obtener el resarcimiento pleno por los daños y perjuicios que pudieran sufrir a consecuencia de sufrir algún infortunio laboral en ocasión del cumplimiento de sus tareas.

En otras palabras, si el actor del caso “Aquino” hubiera sido un empleado público, conforme la redacción del Proyecto de Ley enviado ahora al Senado, carecería del derecho a accionar por el resarcimiento pleno del daño, y sólo estaría limitado a percibir las prestaciones dinerarias de la LRT. De modo que olvidando estos 8 años de evolución jurisprudencial y los trascendentes fallos de la Corte Suprema, volveríamos al cuestionado punto de origen: el artículo 39 párrafo 1° de la LRT para esta categoría numerosas de trabajadores contratados o subcontratados por el Estado. Es decir una nueva veda al acceso a la reparación civil, sin siquiera contemplar el caso de dolo (Art. 1072 del Código Civil vigente) que aunque inexistente en la realidad del mundo laboral, por la inexistencia del empleador lombrociano, era el único supuesto previsto en la aquel artículo de la LRT que permitiría acumular las prestaciones de la ley especial con la responsabilidad civil del empleador.

4.2 Responsabilidad civil del Estado en el Código Civil vigente y en el anteproyecto

La responsabilidad del Estado, sus funcionarios y agentes ha pasado, a lo largo de la historia, de la humanidad por diversas etapas, desde la irresponsabilidad total hasta la vigente en el Código Civil que lo torna responsable aun por los actos lícitos que causen daños a particulares.

Ya en el siglo XIX Vélez Sarfield además de la disposición general contenida en el artículo 1109 del Código Civil para la responsabilidad personal por daños que incluía a los funcionarios públicos, dispuso una norma específica: el artículo 1112.

Precisamente el Código Civil vigente en su artículo 1112 torna responsable civilmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual a los funcionarios públicos por los hechos y omisiones que en el ejercicio de sus funciones ocasionen a terceros, si entre los actos u omisiones ejecutados por el funcionario público media una relación de causalidad adecuada.

Hoy día tampoco se discute la responsabilidad “refleja del Estado”, de modo que éste responde por los hechos ilícitos (omisiones y negligencias) de sus dependientes, conforme surge del artículo 1113 párrafo 1º del Código Civil vigente.

El fundamento de esta responsabilidad de carácter objetivo se funda en la idea de garantía del principal por los hechos de sus dependientes frente a las víctimas

Así como en el caso de las personas jurídicas de derecho privado, también el Estado en el caso de daños, originados en actos u omisiones de los funcionarios públicos o agentes del Estado genera responsabilidad indirecta por parte del Estado

Los requisitos para que funcione esta responsabilidad indirecta son:

1. obrar antijurídico imputable al dependiente a título de culpabilidad o riesgo;
 2. que medie una relación de dependencia, entre el funcionario o agente autor del hecho y de quien deba responder. Esta relación de dependencia debe entenderse con un sentido amplio, (empleados públicos cualquiera sea la denominación con que el Estado califique esa relación: agentes, funcionarios o contratados, becarios, pasantes y otras irregularidades que se verifican en la contratación del Estado en sus diferentes niveles; y
 3. que el daño se conciba “en ejercicio” o “con ocasión” de las funciones encomendadas.
- 4.- Que exista un nexo de causalidad adecuado entre la conducta del dependiente y el perjuicio sufrido por la víctima. La clave en este requisito es la previsibilidad, buscando en la vida diaria lo que de ordinario acontece de acuerdo al comportamiento regular de las personas. El juez debe efectuar una prognosis retrospectiva o póstuma, en la que tiene que recomponer el cuadro de situación del caso, considerando en abstracto la previsibilidad de una persona normal. Es decir, determina ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.

La reforma del Código Civil operada por el decreto ley 17.711/68 ha dado cabida a la responsabilidad por riesgo, al agregar al artículo 1113 lo relativo a la responsabilidad por el hecho de las cosas y la correlativa supresión de los artículos 1133 y 1134, de modo que ahora, cuando *el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa*, sólo se eximirá totalmente de la responsabilidad al dueño o guardián que acreditare culpa de la víctima o de un tercero por quien no debiera responder.

Las propuestas de la comisión redactora del anteproyecto en cuanto a los factores de atribución de responsabilidad subjetivos y objetivos son amplias y profundizan lo reseñado precedentemente del Código vigente.

La culpa y el dolo son tipificados en general en el artículo 1724 del proyecto que dice: Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias

de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos

Sin que su enumeración sea taxativa se aplica también, entre otros casos a:

- daños causados por incumplimiento obligacional propio o por daño no justificado (Art. 1749)
- encubrimiento (art. 1752)
- responsabilidad en ejercicio de profesiones liberales (Art. 1768)
- intromisión en la vida privada (Art. 1170)
- ejercicio abusivo de derechos (Art. 10)
- responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas (Art 160)
- responsabilidad del transportista (Art 1291)
- responsabilidad del constructor, subcontratistas y profesionales que intervienen en la construcción por el incumplimiento de las normas administrativas y por cualquier daño producido en tales circunstancias (Art. 1277)

En cuanto a la responsabilidad objetiva se la tipifica también en forma amplia en el ámbito extracontractual en artículo 1722 que dice: El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

A su vez la responsabilidad contractual objetiva o en el ámbito obligacional el artículo 1723 del proyecto dispone: Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

También el proyecto incorpora la responsabilidad objetiva, entre otros supuestos, en los casos de:

- riesgo o vicio de las cosas y de las actividades riesgosas por su naturaleza por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (Arts. 1757;1758,1733 inciso e)
- la indemnización por equidad (artículo 1742);
- el daño por accidentes de tránsito (artículo 1769)
- la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente
- transporte de personas por los daños causados a las personas (art. 1286).

Se advierte que la responsabilidad objetiva en el anteproyecto es abarcadora de numerosos supuestos fácticos, por lo que la culpa, residualmente es el factor último de atribución de responsabilidad y opera solo sólo en ausencia de norma expresa¹⁵

El anteproyecto en los ya referidos artículos 1765 y 1766 disponía también la aplicación de la responsabilidad civil del funcionario y del empleado público por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo, así como determinaba la responsabilidad civil objetiva del Estado por los perjuicios derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares.

En cambio el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional por el contrario elimina esta responsabilidad civil y como ya se dijo determina que las disposiciones insertas en el Título pertinente no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Según el proyecto, entonces la responsabilidad civil del Estado, sus funcionarios y agentes frente a los daños que ocasione a particulares, a terceros en general, y a sus dependientes sólo se regiría por las normas y principios del derecho administrativo.

¹⁵Galdos, Jorge Mario, La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto, La Ley 11.06.2012,

Esta propuesta del Poder Ejecutivo altera la esencia del anteproyecto en un tema esencial y pretende eludir uno de los niveles de responsabilidad de los funcionarios y los empleados públicos, que como es sabido puede asumir tres diferentes grados:

- a) Administrativa: la que significa la aplicación de medidas disciplinarias que pueden ir desde desde un apercibimiento hasta la cesantía del funcionario o agente;
- b) Penal: si el ejercicio del acto irregular del funcionario constituye un delito previsto en el Código Penal y
- c) Civil: en el caso de que el acto irregular haya causado daño a la Administración o a particulares conforme el artículo 1112 del Código Civil vigente.¹⁶

Como puede observarse el Proyecto del PEN excluye la responsabilidad civil y sólo admite la eventual sanción administrativa al funcionario contradiciendo la evolución normativa y constitucional que habilita a todo particular damnificado para reclamar la indemnización en base a la responsabilidad civil extracontractual aplicable por el accionar antijurídico del agente estatal conforme el artículo 1112 del Código Civil.

Se requiere que el acto haya sido realizado en el ejercicio de las funciones y “como órgano del Estado” e incluso jurisprudencialmente se ha decidido que el artículo 1112 del Código Civil no exige para responsabilizar al funcionario Público que este haya violado abiertamente los deberes a su cargo, pues es suficiente que la acción u omisión importe un mero cumplimiento defectuoso¹⁷.

Esta responsabilidad existe en el caso de hechos y omisiones que implican el cumplimiento irregular de las obligaciones impuestas a los funcionarios

Por ejemplo, un damnificado del trágico accidente ferroviario de la Estación Once en la actualidad puede accionar civilmente en forma solidaria o independiente contra los particulares concesionarios del servicio, contra los funcionarios públicos responsables de controlar el funcionamiento correcto del servicio y contra el Estado responsable directo por los actos de sus órganos.

De acuerdo al proyecto que exonera de responsabilidad a los funcionarios que no cumplieron su labor y al Estado le estaría vedada esta posibilidad a los particulares y solo existirían sanciones administrativas a esos agentes del Estado.

Un verdadero absurdo, típico supuesto de violación del principio constitucional del *alterum non laedere*, establecido en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, que como ha dicho la Corte Suprema en el célebre caso Aquino se encuentra reglamentado en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, abarca todas las ramas del ordenamiento jurídico y obviamente también integra esa reglamentación el ya citado artículo 1112, que se pretende erradicar.

Como ya se dijo, actualmente la conjunción del artículo 1112 con el artículo 1113 primera parte también determina la responsabilidad refleja del Estado por los hechos ilícitos de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones en forma irregular.

El Estado responde frente a los damnificados sin perjuicio de su derecho a someter a los funcionarios o agentes a un proceso administrativo de responsabilidad.

El tercero damnificado puede accionar en forma indistinta, concurrentemente solidariamente contra el funcionario, autor del comportamiento ilícito imputable –o contra el Estado responsable directo por el obrar de su órgano; y si se tratara de hechos de empleados habría responsabilidad del dependiente o indirecta del principal. El particular damnificado o el administrado que sufre un perjuicio como consecuencia del accionar de un

¹⁶ Trigo Represas Felix A.Lopez Mesa J, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo IV, pag. 192, Editorial La Ley.

¹⁷ CNCiv Sala K, 13.7.2001, K., S y otros c/MCBA y otros, La Ley On Line, sin otros datos, citado por Trigo Represas-López Mesa, op citada, pag. 195.

funcionario público puede accionar contra éste o contra el Estado o contra ambos, conforme surge de los principios generales que regulan las relaciones entre los responsables de las consecuencias dañosas de los hechos ilícitos.¹⁸

4.3 Eximición de responsabilidad civil frente a los empleados públicos y de los subcontratistas.

El Estado a nivel nacional, provincial y municipal es empleador, en forma directa y a veces indirecta, de centenares de miles de trabajadores, agentes o funcionarios, cuyos vínculos se rigen por las normas del empleo público y en algunos casos por la Ley de Contrato de Trabajo.

El desempeño de esas actividades laborativas o funciones implican la ocurrencia de infortunios laborales, que en el presente tienen la cobertura reparatoria no sólo de la ley 24.557, sino que también gozan del derecho al resarcimiento íntegro de los plus perjuicios no reparados por la ley especial, por el desempeño de sus tareas, en la medida que se cumplieran los presupuestos objetivos o subjetivos de la responsabilidad civil. (conforme fallos CSJN “Aquino” y “Llosco”)

El artículo 1764 proyectado plantea la inaplicabilidad de todas las disposiciones del título V del Código que se refieren a la responsabilidad civil al Estado, quien según esta propuesta no debería responder, de manera directa, ni subsidiaria, no sólo frente a terceros, sino también respecto a sus dependientes o solidaridariamente por los trabajadores de los subcontratistas, vedándoles en consecuencia el resarcimiento civil por los daños patrimoniales y extramatrimoniales sufridos en caso de infortunios laborales.

La mutilación efectuada al anteproyecto a la responsabilidad civil del Estado y su remisión limitativa al derecho administrativo, que no se ocupa tampoco de reparar estos daños laborales, implica para los empleados y funcionarios públicos una discriminación peyorativa respecto a los trabajadores del ámbito privado y una negación de derechos elementales de raigambre constitucional, indiscutidos desde la sanción del Código Civil y de la primera ley de accidentes en el año 1915.

Es difícil comprender este retroceso, este viraje regresivo e inconstitucional respecto al régimen vigente y del propio anteproyecto, y sólo cabe esperar que los legisladores no consoliden estas modificaciones aprobando estas propuestas del Poder Ejecutivo.

El proyecto en esta materia afecta el principio de progresividad de jerarquía constitucional al impedir a los particulares damnificados por hechos reprochables del Estado o sus agentes, circunstancia no poco frecuente, un resarcimiento civil por los

En igual sentido cercena los derechos de sus dependientes

Esta eximición de la responsabilidad civil del Estado y sus funcionarios carece de todo sustento constitucional y en el remoto supuesto de ser aprobada tendría altas posibilidades de ser declarada inconstitucional por los jueces, dada su flagrante contradicción con elementales principios de justicia y reparación plena de daños injustamente sufridos.

Esta modificación del anteproyecto trasunta una concepción que supone que el Estado no comete errores y su responsabilidad no existe, ni la de sus funcionarios. En otras palabras los policías no chocan con sus patrulleros, los funcionarios públicos nunca ejercen actos errados y menos aún son responsables de ellos, los médicos del estado nacional, provincial o municipal nunca cometen mala praxis, el Estado nunca pudo dañar a los maestros con enfermedades profesionales de postura o incidencia en las cuerdas vocales, los empleados públicos o contratados del Estado nunca pueden sufrir accidentes o enfermedades laborales, etc.

¹⁸ Trigo Represas Félix A. Lopez Mesa J, Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo IV, pag. 192, Editorial La Ley, pag. 200

En otras palabras, sólo el “César” podrá saber qué y quiénes son los responsables, fuera del alcance de los tribunales: una verdadera doctrina medieval que atrasa el reloj del derecho constitucional y civil a niveles decimonónicos, que de aprobarse suponemos que no será admitida por ningún juez.

Sólo cabe recordar la experiencia de la sanción de la Ley 24.557 votada por unanimidad y a mano alzada por los legisladores de la mayoría oficialista de 1995, a pesar de las voces de los especialistas, quienes desde antes de su sanción planteaban los graves reproches constitucionales que tenía la norma.

Pasaron muchos años y quienes confiaron que dicho régimen iba a durar para siempre, suponiendo en su soberbia e ignorancia que el desprecio por la juridicidad y la relación crítica de esa ley con las garantías constitucionales básicas iba a pasar inadvertida, se sorprendieron cuando la Corte Suprema a partir de la primavera del año 2004 comenzó, con sus pronunciamientos, a hacer colapsar los pilares de dicho régimen, a través de la declaración de inconstitucionalidad de sus principales normas, rigiendo actualmente un sistema pretoriano sustancialmente diferente al originario y de carácter protectorio.

Que sirva de experiencia para no repetir errores u horrores semejantes.