

Responsabilidad de las casas de depósito frente al depositario.

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en El Derecho el 10 de abril de 2017.-

Sumario: 1. El depósito comercial y las casas de depósito. 2. Obligaciones del depositario. 3. Responsabilidad del depositario. 4. Los hechos dañosos por los que el depositario responde y el valor de las cláusulas contractuales (remisión). 5. Dos problemas: cómo armonizar las normas de esta materia que confunden, y qué queda de la seguridad jurídica cuando el Legislador le endosa a los jueces la función de completarlas. 6. El caso fortuito externo a la actividad del depositario. 7. Nexo causal y carga de la prueba. 8. Extensión de la responsabilidad. 9. ¿Reparación plena? 10. Daño emergente. 11. Lucro cesante y pérdida de chance. 12.

1.- El depósito comercial y las casas de depósito.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, cuando se ocupó del contrato de depósito, se centró en el **depósito civil**, esencialmente gratuito (art. 2182 CCiv)¹.

Sin embargo, los casos más comunes que en el pasado reciente llegaban a los tribunales eran los de **depósito comercial**, oneroso por naturaleza (art. 573 CCom)².

Se entendía que se daba tal **depósito comercial** cuando se celebraba entre comerciantes³, o entre sociedades comerciales⁴, aunque no se hubiera pactado una la retribución determinada⁵.

¹ No obstante, algunos autores consideraban que el depósito civil también podía ser oneroso (así: Sozzo, Gonzalo, comentario a los arts. 2182/2239, en Lorenzetti, Ricardo L. (director) y Hernández, Carlos (coordinador), "Código Civil Comentado", ed. Rubinzal-Culzoni.

Que el contrato de depósito, como regla, sea gratuito y que sólo por excepción se lo considere oneroso forma parte de un criterio que proviene del Derecho Romano. Cuando este negocio era visto como oneroso se lo denominaba *locatio conductio*. En Las Partidas, cuando había onerosidad, se hablaba del contrato de arrendamiento que se diferenciaba del *depositum* que era esencialmente gratuito (Severin Fuster, Gonzalo F., "Los contratos de servicio: su construcción como categoría contractual, y el derecho del cliente al cumplimiento específico" (tesis doctoral), https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660666/severin_fuster_gonzalo_francisco.pdf?sequence=1).

Esa distinción pasó al Derecho francés clásico (Pothier, Robert J., "Tratado de las obligaciones", ed. Heliasta, pág. 15).

Otros códigos civiles que siguieron el modelo francés, como el español (art. 1779 CC) mantuvieron la misma orientación (Ozcáriz Marco, Florencio, "El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda", ed. Bosch, pág. 86).

² CCiv y Com San Isidro, Sala 1ª, 03/08/2004, "Soto, Gregoria c. Rodríguez, Mónica C. y otros", MJJ2158.

³ CNCom, Sala "F", 06/08/2015, "M., J. R. c. A., J. y otros", E.D. Digital (82436).

En ello nuestro ordenamiento no se diferenciaba de otros plexos latinoamericanos. El art. 332 del Código de Comercio mexicano considera mercantil al depósito si las cosas depositadas son "objeto de comercio", o si se hace a consecuencia de una operación mercantil. Más o menos lo mismo estatuyen los arts. 714 a 717 del Código de Comercio de Guatemala.

Sin embargo, la evolución del tráfico hizo que ese contrato de depósito comercial abarcara a situaciones en las cuales sólo el depositario estaba organizado de manera mercantil⁶.

Ahora el Código Civil y Comercial disciplina un único **contrato de depósito** (art. 1356 siguientes y concordantes).

Haciéndose cargo de las críticas de la Doctrina anterior a la Reforma, el nuevo ordenamiento aclara que es un contrato **consensual** y no **real**, como decía el Código de Vélez⁷. Y terminando con los problemas que generaba el art. 2182 CCiv⁸, en el art. 1357 CCyC introdujo la presunción de onerosidad⁹.

El hecho de que se trate de un contrato oneroso no es menor. Quien cobra por dar un servicio asume una responsabilidad más extensa¹⁰.

A esa tendencia se inclina el Derecho Comparado de nuestros tiempos¹¹.

El contrato de depósito sigue siendo, como con el Código derogado (arg. art. 909 CCiv), un contrato basado en la confianza del depositante en el depositario¹². Pero ahora se destaca que su finalidad primordial es la custodia de la cosa¹³.

⁴ Calvo Costa, Carlos, en Bueres, Alberto J. (director) y Highton, Elena (coordinadora), "Código Civil...", ed. Hammurabi, tº 4-E, pág. 512.

⁵ López de Zavalía, Fernando J. D., "Dogmática del contrato de depósito. Comentario exegético de las normas que lo regulan en los Códigos Civil y de Comercio", <http://www.acaderc.org.ar/>

⁶ Zunino, Jorge, "Depósito y otras relaciones de guarda. Aplicaciones del sistema de responsabilidad", ed. Astrea, pág. 26. CNCom, Sala "A", 28/06/2013, "AGF Allianz Argentina S.A. de Seguros Generales c. Castillo, Irene B.", Boletín de Jurisprudencia de la CNCom, Ficha nº 000063847.

⁷ El contrato de depósito, desde el Derecho Romano, era considerado **real** (Martín Santisteban, Sonia, "La responsabilidad en el contrato de depósito. Su génesis histórica", https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2004-10013300178_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_responsabilidad_en_el_contrato_de_dep%F3sito:_su_g%E9nesis_hist%F3rica). Mas en el Derecho Comparado contemporáneo se advirtió que debe considerárselo **consensual**, pues pueden darse derechos y obligaciones entre las partes antes de que la cosa sea entregada en depósito. El frustrado Anteproyecto de Código Mercantil de España del año 2014 se inclinó por esa tendencia, aunque lo único que hizo fue eliminar la regla que declaraba que el depósito era un contrato real (http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Anteproyecto_LEY_CMer.pdf).

⁸ Romano, Elisa G. e Iglesias, Claudia I., "El contrato de depósito en el Código Civil y Comercial de la Nación", <http://blog.errei.us.com>, 13/10/2015.

⁹ Esper, Mariano, "Contrato de depósito en el Código Civil y Comercial", en Stiglitz, Rubén S. (director) "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular", ed. La Ley, 2015.

La nueva norma no descarta que haya depósito gratuito, claro que, para que ello ocurra, es necesario un pacto expreso o que la gratuidad resulte de las circunstancias que rodean al negocio.

¹⁰ CNCom, Sala "B", 03/05/2005, "Steimbrecher, Rodolfo A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires", MJJ4618.

¹¹ El depósito como negocio lucrativo aparece en todas las iniciativas de coordinación internacional de regímenes legales. En el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR; en español: Marco Común de Referencia) se lo presenta como contrato de *storage* (arts. IV.C.–5.101 al IV.C.–5:110) formando parte de los *service contracts*. Ello, únicamente para justificar la onerosidad que se predica de todo servicio.

¹² Fernández, Raymundo y Gómez Leo, Osvaldo R., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", ed. Depalma, tº III-B, pág. 235.

Que el contrato de depósito esté basado en la confianza (algunos autores, en el Derecho Español hablan de contrato *intuitu personae*; por ejemplo: Hualde Manso, Teresa, "La obligación de custodia en el

Como se ha dicho gráficamente: el depositante, por comodidad o por seguridad (o por ambas cosas), no quiere tener la cosa en su poder, y, por eso, la entrega a quien le presta profesionalmente el servicio de guardarla¹⁴.

Es muy importante tener en cuenta que la guarda no es meramente pasiva, pues importa adoptar una serie de medidas¹⁵.

Usualmente la Jurisprudencia se ha ocupado del contrato de **depósito regular** (art. 2188 CCiv)¹⁶; es decir, aquel en el cual el depositario tiene la obligación de devolver lo mismo que recibió en custodia¹⁷.

Vale aclarar que el **contrato de logística** comprende al de **depósito comercial**¹⁸.

2.- Obligaciones del depositario.

Las obligaciones básicas, y por ende, esenciales del depositario son: recibir la cosa, guardarla, adoptar medidas de seguridad y devolver la cosa al depositante.

Sin embargo, hay otros deberes complementarios a su cargo.

El art. 2204 CCiv determinaba que “Es obligación del depositario dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservación de la cosa, y de hacer los gastos urgentes, que serán a cuenta del depositante. Faltando a estas obligaciones, es responsable de las pérdidas e intereses que su omisión causare”¹⁹.

depósito”, Revista jurídica de Navarra, nº 12, año 1991, pág. 69) ha sido la justificación de la responsabilidad calificada del depositario. Por eso algunos estudiosos del Derecho Romano creyeron ver una figura fiduciaria en el depósito.

Todavía en estos tiempos el art. IV.C.-5:102(2) del DCFR dice: “*The storer may not subcontract the performance of the service without the client’s consent*”.

Sin embargo, recientemente se ha comprendido que hay modalidades en las cuales ese principio no se justifica y que, en todo caso, hay otras vías para sostener argumentalmente la responsabilidad especial (Severin Fuster, Gonzalo F., op. cit.). Tal el caso de los auto-depósito (*self storage*) en los cuales el depositario se limita a ofrecer, a muy bajo costo, un espacio para que sea empleado para la guarda de objetos ajenos. En esas hipótesis los tribunales entienden que la responsabilidad del depositario es mucho menor (por ejemplo: Superior Court of Connecticut, 05/08/2011, “Bruce Berlin v. Public Storage, Inc.”, ResetAAFont size:Print 107, CV075007494, <http://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1579589.html>).

¹³ Arias Cáu, Esteban J., “Reflexiones sobre el método en materia de contratos, con especial referencia al Código Civil y Comercial. Segunda parte”, MJD7224.

¹⁴ López de Zavalía, Fernando J. D., “Dogmática del contrato de depósito. Comentario exegético de las normas que lo regulan en los Códigos Civil y de Comercio”, <http://www.acaderc.org.ar/>

¹⁵ Farina, Juan, “Depósito”, en “Enciclopedia jurídica OMEBA”, ed. Bibliográfica Argentina, tº VI, pág. 803.

¹⁶ El nuevo Código no define qué es el **depósito regular**. Sólo describe al depósito **irregular** (art. 1367 CCyC) como excepción a la regla del art. 1356 CCyC que (en armonía con el art. 759 CCyC) manda a devolver lo mismo que se recibió en custodia. En el depósito irregular, en cambio, el depositario debe restituir la misma calidad y cantidad de la cosa que recibió pero no necesariamente la misma cosa.

¹⁷ CNCom, Sala “E”, 07/03/2003, “La Construcción Cía. Argentina de Seguros c. Banco Mercantil Argentino”, EDJ6243.

¹⁸ Romualdi, Emilio E., “Contrato de transporte y logística (una introducción a su análisis)”, MJD4669.

¹⁹ Además la parte final del art. 2184 CCiv determinaba que, si el depositario descubría que la cosa depositada le podía causar algún peligro, podía devolverla inmediatamente.

Ahora, el art. 1360 CCyC, contiene la misma regla, aunque con una mejor redacción.

Complementariamente, el nuevo art. 1362 CCyC establece que “Si se convino un modo específico de efectuar la custodia y circunstancias sobrevinientes exigen modificarlo, el depositario puede hacerlo, dando aviso inmediato al depositante”.

Se infiere entonces que si el depositario no previene al depositante de la necesidad de hacer gastos o de adoptar medidas adicionales para proveer a la conservación de la cosa (o no los hace directamente, si media urgencia) es porque considera que cuenta con medios suficientes como para garantizar la seguridad de las cosas guardadas²⁰.

Toda prevención debe quedar consignada por escrito y ha de notificarse al depositante. Le corresponde al depositario la prueba de tales extremos²¹.

Dichos débitos claramente están inscriptos en el **deber de información** del art. 4 de la ley 24240²² que ahora consagra el art. 1100 CCyC a favor del consumidor, pero que el mismo ordenamiento hace extensivo a otros sujetos²³.

Otra obligación que pesa sobre el depositario es la de describir los faltantes, roturas o desperfectos que detecte en la cosa que recibe en depósito²⁴. Si no hace ninguna observación se presume que la recibió (y, por lo tanto, la tiene que devolver) en perfecto estado²⁵ (conf. arts. 746 y 759 CCyC).

3.- Responsabilidad del depositario.

El depositario, como cualquier otro sujeto, debe reparar el daño ilegítimo ocasionado a los bienes del depositante (art. 1716 CCyC).

Si bien ya con el régimen anterior se entendía que, cuando quien asumía la función de depositario era un empresario de esa actividad su responsabilidad era mayor que la que

²⁰ CNCom, Sala “B”, 18/06/2004, “La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. c. Soules, Cristian M.”, MJJ2695.

²¹ López de Zavalía, Fernando J. D., “Dogmática del contrato de depósito. Comentario exegético de las normas que lo regulan en los Códigos Civil y de Comercio”, <http://www.acaderc.org.ar/>

²² **Información.** “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.

²³ En un precedente jurisprudencial se habló de la información debe ser suficiente como para que el contratante pueda evaluar “reflexivamente sobre la conveniencia o no del negocio que se proponía emprender”, advirtiéndole “sobre los riesgos económicos que se ponían en juego” (CNCom, Sala “D”, 18/12/2006, “Sierra Gas S.A. c. EG3 S.A.”, MJJ11538).

²⁴ CCiv Com, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 26/03/2015, “Barrionuevo, Alberto J. c. Figliuolo, Adriana y otros”, MJJ91694.

²⁵ Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo, “Código Civil..”, ed. Astrea, tº 9, pág. 895. CNCom, Sala “E”, 28/06/2013, “Consulsur S.A. c. Asociación Mutual de Conductores de Automotores (AMCA)”, MJJ81077.

tenía el depositario civil²⁶, la Reforma, al incorporar la figura de la **casa de depósito**²⁷ (art. 1376 CCyC), acentuó esa nota de profesionalismo²⁸.

Con la Reforma, en términos generales, puede decirse que el depositario es **responsable directo** (conf. art. 1749 CCyC²⁹) o, en su caso, **indirecto** (cuando “responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”, según el art. 1753 CCyC)³⁰. Siendo persona jurídica “...responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones” (art. 1763 CCyC)³¹.

Como en toda cuestión de responsabilidad civil aquí se plantean tres cuestiones: a) cuáles son los hechos dañosos por los cuales el depositario profesional debe responder³²; b) si la responsabilidad debe ser juzgada con criterio subjetivo u objetivo³³; y c) con qué

²⁶ CNCiv y Com Fed, Sala 3ª, 12/05/2011, “Sánchez Arnau, Juan C. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Defensa Ejército Argentino y otro”, MJJ67406, donde se cita a Fernández, Raymundo L, "Tratado teórico práctico de Derecho Comercial", actualizado por Osvaldo R. Gómez Leo, ed. Depalma, tº III-B, pág. 217; en igual sentido, Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil argentino. Contratos"; ed. Perrot, tº II, nº 2031, pág. 647.

²⁷ El concepto **casa de depósito** aparecía en los arts. 87 y 123 CCom (sobre el particular: Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R., “Barraqueros y dueños de casas de depósito”, L.L. 1985-C, pág. 810), así como en un par de artículos del Código de Comercio uruguayo (arts. 124 y concordantes) para designar a una de las modalidades de depósito mercantil (Rodríguez Olivera, Nuri y López Rodríguez, Carlos, “Manual de Derecho Comercial Uruguayo”, ed. Fundación de Cultura Universitaria, vol. 2, tº 2, “Contratos de Transporte y otros”, Cap. II).

²⁸ Ello se advierte en las nuevas cargas que le impone el art. 1377 CCyC (Gregorini Clusellas, Eduardo L., “Depósito, mutuo, comodato y donación”, en Rivera, Julio C. (director) y Medina, Graciela (coordinadora), “Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, ed. Abeledo Perrot, pág. 733; Alou, Stella M., “Contrato de depósito en el Código Civil y Comercial”, L.L. Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular, abril/ 2015, pág. 183, Online: AR/DOC/1096/2015).

²⁹ El art. 1749 CCyC hace que el eje de la responsabilidad sea distinto del previsto en el art. 1717 CCyC (referido al presupuesto de antijuridicidad o ilicitud objetiva) que establece que “cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada” (norma tomada del art. 1066 del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993), lo que hace suponer que la antijuridicidad se predica de la conducta y no del daño (Bueres, Alberto J., “la responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-C, pág. 1254).

³⁰ Banchio, Enrique C., “Responsabilidad obligacional indirecta”, ed. Astrea, pág. 66.

³¹ Marcellino, Leonardo, “Responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial”, RCCyC julio/2016, pág. 105.

³² El concepto de **daño** es un problema en sí mismo. Ahora el art. 1737 CCyC genéricamente entiende que hay daño “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Al respecto véase: Calvo Costa, Carlos A., “El significado y las especies de daño resarcible”, rev. de Derecho de Daños 2012-3, pág. 193.

³³ No he de reiterar aquí algún estudio que desarrollé sobre este tema. Sólo diré que, a mi juicio, la responsabilidad es siempre subjetiva, pues únicamente se responde por los hechos u omisiones atribuibles al agente que daña, o que, sin ser el protagonista de la avería, por alguna razón la Ley lo equipara a este último. Lo objetivo, en todo caso, aunque la Doctrina y, ahora, el Código único hablen de “factor de atribución”, apunta a un problema procesal: a cargo de quien está la prueba en juicio. Si la responsabilidad es **objetiva** todo lo que tiene que hacer el afectado es demostrar el hecho que lo perjudicó, la conexión

extensión responde, es decir, cuáles son las consecuencias del hecho dañoso que están a su cargo.

Conforme adelanté, la obligación principal del depositario es la de guarda segura de la cosa, seguida de la de restitución³⁴.

Tratándose de **depósito regular civil** el art. 2202 CCiv establecía que “el depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias”³⁵.

Sin embargo, esa norma³⁶ daba para cierto enredo interpretativo pues, si el depositario era una persona desaprensiva con sus cosas, alguien podría pensar que algunos descuidos eran tolerables. Desde luego, la Doctrina y la Jurisprudencia jamás aceptaron ese criterio³⁷.

En cambio en el ámbito mercantil, donde regían los arts. 575 y 577 CCom, la responsabilidad del depositario era más amplia y rigurosa³⁸, ya que se entendía que debía responder por los perjuicios ocasionados al depositante, con criterio objetivo³⁹.

Así ocurría, por aplicación de los arts. 126, 127 y 247 CCom, con los casos de pérdida, deterioro o destrucción de la cosa depositada⁴⁰.

causal entre ese hecho y el daño propio y la extensión de dicho daño. No está obligado a acreditar que ello ocurrió por culpa o dolo del ofensor. Por lo tanto, quien dañó a otro, si pretende defenderse, deberá demostrar que hay motivos legales que permiten total o parcialmente su liberación.

³⁴ López de Zavalía, Fernando J. D., op. cit.

³⁵ La norma estaba claramente inspirada en el art. 1927 del Código Civil francés de 1804 (a su vez basado en el Derecho Romano) que, en su medio, fue objeto de una extensa disputa doctrinaria (Martín Santisteban, Sonia, “La responsabilidad en el contrato de depósito. Su génesis histórica”, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2004-10013300178_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_responsabilidad_en_el_contrato_de_dep%F3sito:_su_g%E9nesis_hist%F3rica).

³⁶ Que buena parte de la Doctrina pensaba que ponía un límite a la responsabilidad al no poder exigírsele al depositario más de lo que hace ordinariamente en su quehacer (Salerno, Marcelo U., “Cajas de seguridad bancaria: precisiones sobre el caso fortuito”, E.D. 175-41).

³⁷ Por ejemplo: CNCiv y Com Fed, Sala 2ª, 28/06/1994, “La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros S.A. c. Cap. y/o Arm. y/o Prop. Bq. Bow Cecil”, d Infojus: FA94030165.

No obstante, el nuevo Código único, en sus arts. 1358 (específicamente referido al depósito) y 1786, sigue hablando de la diligencia que se pone en los propios asuntos (López Mesa, Marcelo J., “La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente (La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial)”, E.D. del 18/03/2016, nº 13.918).

³⁸ Ello no nota en la situación especial del art. 5 de la ley de Warrant 9643 que establece que “Los depositarios asegurarán contra incendio y por cuenta de los depositantes, si éstos no lo hubiesen hecho, las mercaderías recibidas, con sujeción a las condiciones y en la forma que determine el decreto reglamentario, el que, a la vez, especificará las constancias relativas al seguro, que habrán de inscribirse o agregarse al certificado de depósito y al warrant”.

³⁹ López de Zavalía, Fernando J. D., op. cit., donde cita en igual sentido a Segovia, Siburu, Fernández-Gómez Leo, Zunino, Borda, Rouillón y Alonso. CNCom, Sala “D”, 29/02/2012, “Giacopello de Rossiter, Marta G. y otro c. Banco Itaú Buen Ayre S.A.”, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom, Ficha nº 000060550.

⁴⁰ CNCiv y Com Fed, Sala 3ª, 12/05/2011, “Sánchez Arnau, Juan C. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Defensa Ejército Argentino y otro”, MJJ67406.

Sólo se eximía de responsabilidad al depositario por “acontecimientos de fuerza mayor o caso fortuito” (art. 2203 CCiv)⁴¹; es decir, cuando el hecho dañoso no podía preverse, o, si era previsible, no podía ser evitado⁴².

Tales excepciones no se presumían. Por lo tanto, si el depositario pretendía escudarse en ellas, debía demostrar que estaban reunidos todos los requisitos legales⁴³.

Aquella nota de previsibilidad hacía que se acotara severamente la liberación por caso fortuito cuando se trataba de un profesional del depósito respecto del hecho que formaba parte de su oficio (art. 902 CCiv)⁴⁴. A tal fin, las empresas eran consideradas profesionales en su ramo⁴⁵.

La Jurisprudencia y la Doctrina justificaban la **responsabilidad objetiva** del depositario en lo dispuesto por el art. 1113 CCiv⁴⁶, tanto porque se trataba del **guardián de la cosa**, como por el hecho de estar involucrada en el depósito la noción de **riesgo creado**⁴⁷.

También antes de la Reforma de 2014 los tribunales declararon la nulidad de una cláusula limitativa de la responsabilidad del depositario en supuesto de destrucción por incendio de bienes almacenados⁴⁸. Se consideró entonces⁴⁹ que dicha cláusula era abusiva pues

⁴¹ La figura presentaba dos notas esenciales: **imprevisibilidad** e **inevitabilidad**. **Imprevisible** es el hecho que supera la aptitud normal de previsión que es dable exigir al hombre diligente, en función de sus condiciones personales y la naturaleza de la obligación; e **inevitable** es el hecho que, sin culpa del deudor y enmarcado en la circunstancia que le sea propia, haya sido impotente para impedirlo (CNCiv, Sala “K”, 23/11/2009, “Mangieri, Diego J. c. Álvarez, Agustín E.”, E.D. Digital (53234)).Bueres, Alberto J. (director), Highton, Elena (coordinadora), “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.”, ed. Hammurabi, tº 2-A, pág. 179.

⁴² Así, para que los eventos climáticos puedan alcanzar las notas de imprevisibilidad, irresistible, extraneidad, actualidad, sobreviniencia e insuperabilidad, la Jurisprudencia exigió que consistan en ciclones, terremotos, huracanes, inundaciones sin precedentes cercanos u otras fuerzas análogas (Salvat, Raymundo M. y Acuña Anzorena, Arturo, “Tratado de Derecho Civil argentino”, 2ª ed. ed. TEA, “Hechos ilícitos”, nº 2885; Colombo, Leonardo J., “Culpa aquiliana”, ed. La Ley, pág. 607).

⁴³ CCiv y Com Concordia, Sala 3ª, 19/03/2007, “HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. c. Burgos, Guillermo y otros”, MJJ15708.

⁴⁴ CNCiv y Com Fed, Sala 3ª, 14/08/2014, “Brescia S.A. c. Banco de la Nación Argentina y otros s/Responsabilidad por daños”, MJJ90207; ídem, Sala 3ª, 06/08/2009, “Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. c. DHL Global Forwarding Argentina S.A. y otro”, MJJ50393, donde se citó a Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, ed. Abeledo-Perrot, pág. 296.

⁴⁵ Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, ed. La Ley, tº II, pág. 122.

⁴⁶ La norma se refería a los daños causados “**con**” las cosas y abarcaba aquellos perjuicios producidos con la intervención de una cosa “no generadora de riesgos” (en ese supuesto la cosa actúa como un instrumento del hombre); pero además se encuadraban los perjuicios originados por la generación de “**riesgo**” de la cosa o por el “**vicio**” de ésta (Cifuentes, Santos, “Código Civil”, ed. La Ley, tº II, pág. 562).

⁴⁷ Zavala de González, Matilde, “Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113”, ed. Hammurabi, pág. 29; Zunino, Jorge O., “Depósito y otras relaciones de guarda” “Aplicaciones del sistema de responsabilidad”, ed. Astrea, pág. 45.

⁴⁸ CNCom, Sala “A”, 17/04/1996, “La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. c. Mavi SRL”; “Rio Cuarto S.A.C.I.F.I.M.A. c. Mavi SRL”, J.A. 19.03.1997.

⁴⁹ Con respaldo en lo dispuesto por los arts. 37 y concordantes de la ley 24240, y en Stiglitz, Rubén, “Derecho y defensa del consumidor”, pág. 287; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, tº I, pág. 283, y Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por daños”, tº I, pág. 89.

desnaturalizaba el concepto de obligación y atentaba contra el principio de buena fe, sobre todo porque no había evidencia de que la estipulación hubiera sido negociada, toda vez que estaba pre-redactada. Así se entendió que el mentado pacto de exoneración de responsabilidad era una cláusula sorpresiva incorporada clandestinamente al dorso de los remitos de ingreso de mercaderías al depósito pues, aunque era de gran trascendencia, tomaba desprevenido al depositante. La sentencia asimismo ponderó que la cláusula de marras provocaba “un desequilibrio de tal entidad entre los derechos y obligaciones que compromete el principio de equivalencia o de máxima reciprocidad”.

En similar orientación se pronunció la Jurisprudencia de hace algún tiempo, en casos de cláusulas de dispensa de culpa impuestas a favor del Banco respecto de las cosas guardadas en cajas de seguridad⁵⁰.

Ese tipo de soluciones de equidad, que se sustentaban en las normas genéricas sobre la buena fe contractual y en algunos preceptos de la ley 24240 (como el art. 37)⁵¹, dieron nacimiento a la **doctrina de las obligaciones de seguridad**⁵², que encuentra su cauce en disposiciones específicas⁵³, aunque un autor entiende que fue desterrada del Código Civil y Comercial⁵⁴.

Como veremos, la Reforma, desde distintos ángulos, buscó ahondar esa responsabilidad del depositario.

4.- Los hechos dañosos por los que el depositario responde y el valor de las cláusulas contractuales (remisión).

⁵⁰ CNCom, Sala “A”, 23/03/1995, “Taormina, Adela c. Banco de Galicia”, E.D. 162-688; ídem, 04/10/1996, “Maquieira, Néstor y otro c. Banco de Quilmes”; ídem, Sala “D”, 23/10/1992, “Adler de Josephsohn, Gerd c. Banco de Galicia”, E.D. 156-513. Salerno, Marcelo U., “Cajas de seguridad bancaria: precisiones sobre el caso fortuito”, E.D. 175-41; Ramos Martínez, M^a Florencia, “Obligación de seguridad de las entidades bancarias”, L.L.C. 2011 (febrero), pág. 4.

⁵¹ CNCom, Sala “A”, 09/11/20000, “Nexoil S.A. c. La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A.”, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom, <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00020/00034853.Pdf>.

⁵² Mayo, Jorge, “Sobre las denominadas ‘obligaciones de seguridad’”, L.L. 1984-B, pág. 949; Gherzi, Carlos A., “La obligación de seguridad. Ámbito contractual y extracontractual. La unificación en las relaciones de consumo”, L.L. 2009-E, pág. 288.

⁵³ La Corte Suprema estableció que la obligación de seguridad tiene soporte en el art. 42 CN (CSJN, 11/12/2014, 725/2011 (47-M). Recurso de Hecho, “Maules, C. V. c. Unidad de Gestión Operativa de Emergencias S.A. s/Daños y perjuicios”.

⁵⁴ Picasso, Sebastián, “Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común”, RCCyC 2015 (julio), 01/07/2015, pág. 146. Vale apuntar que Picasso colaboró con los redactores en la elaboración de las normas del Código único sobre esta materia.

En principio (y sólo en principio), en territorio contractual, vale lo que las partes han pactado al respecto⁵⁵. A falta de una disposición convencional explícita se aplicarán, como normas supletorias, las reglas del Código⁵⁶.

El nuevo Código también contiene preceptos que, aunque no está dicho de manera expresa, debemos considerarlos imperativos en los términos de los arts. 150 y 1709 CCyC. Tal el caso de las disposiciones relativas a las cláusulas abusivas (arts. 988 y concordantes CCyC).

De manera que el contrato podría establecer cómo, cuándo y dónde el depositario responderá por la desaparición o destrucción, total o parcial, de la cosa depositada, o, incluso, como y cuando se exime (por ejemplo, en los términos del art. 1720 CCyC), pero no podrá liberarse totalmente de esa responsabilidad en atención a lo dispuesto por el art. 1743 CCyC⁵⁷ que determina que “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor⁵⁸ o de las personas por las cuales debe responder”⁵⁹.

El tema merece un tratamiento independiente que dejaré para otra ocasión.

⁵⁵ Trípoli, Pablo y Silva, Rodrigo G., “Nociones básicas sobre la relación de causalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/4392/2012; Galdós, Jorge M. y Valicenti, Ezequiel, “La reparación del daño y la previsibilidad contractual (el art 1728 CCCN)”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/La-reparaci%C3%B3n-del-da%C3%B1o-y-la-previsibilidad-contratual-por-Gald%C3%B3s.pdf>

⁵⁶ Varios autores comparten este criterio. Por ejemplo: Sozzo, Gonzalo, “La formación del contrato en el proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación. Su comparación con el Código Civil vigente”, http://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/150608_Formacion_del_contrato.pdf

⁵⁷ El texto del art. 1743 CCyC es el mismo que traía el art. 1578 del Proyecto de Código Civil de 1993, e importa una evolución respecto de la prohibición de la dispensa anticipada del dolo que ya estaba en el art. 507 CCiv de Vélez. Sin embargo, el proyecto de Biliboni, abrevando en el art. 278 del Código Civil alemán, permitía la disculpa previa de la responsabilidad (art. 1021), y lo mismo hicieron el Anteproyecto de 1936 (art. 570) y el Anteproyecto de Código de 1954 (art. 859).

Me ocupé de este tema en: Rubín, Miguel E., “Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial”, MJD7331; en “La indemnización por clientela en los contratos de comercialización”, eMercantil del 09/06/2016, y en el libro de próxima aparición “Contratos de comercialización en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino y en el Derecho Comparado”, ed. La Ley.

⁵⁸ En las XXIV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil se llegó a la conclusión de que la norma debiera corregirse para que comprenda no sólo al **dolo** sino también a la **culpa grave** (rev. del Notariado nº 915, enero-marzo/2014, <http://www.revista-notariado.org.ar/2014/09/conclusiones-de-las-xxiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/>).

⁵⁹ Al respecto: González Freire, Juan F., “La dispensa anticipada de la responsabilidad civil”, L.L. online AR/DOC/3710/2016.

5.- Dos problemas: cómo armonizar las normas de esta materia que confunden, y qué queda de la seguridad jurídica cuando el Legislador le endosa a los jueces la función de completarlas.

La Reforma, en el art. 1364 CCyC⁶⁰, establece que “Si la cosa depositada perece⁶¹ sin culpa del depositario, la pérdida debe ser soportada por el depositante”.

El precepto, tomado en forma aislada, es algo confuso: ¿acaso sólo hay responsabilidad cuando media **dolo** o **culpa** del depositario⁶²?

Con igual tinte subjetivista el art. 1358 CCyC⁶³ aclara que “El depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas **o la que corresponda a su profesión**”, mención esta última que trae aparejada una responsabilidad calificada⁶⁴, aunque también contemplada desde la óptica subjetivista.

De ese modo el dispositivo legal viene a ser coherente con el art. 1725 CCyC, que, mejorando lo que estatúa el art. 902 CCiv, ahora dice: “**Valoración de la conducta.** Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”. “Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes”⁶⁵. “Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre

⁶⁰ Que, en realidad, viene a ser una reformulación del art. 2203 CCiv.

⁶¹ El empleo del vocablo **perece** en este dispositivo legal no se justifica.

De hecho, ni esa palabra, ni la idea que representa, tienen antecedentes en el Código de Vélez que, con mayor propiedad (considerando su época), en los arts. 2203 y 2210 CCiv, disciplinaba a la responsabilidad contractual del depositario por pérdida o desaparición de la cosa guardada.

En cambio el Legislador del año 2014 recurrió a variantes de esa expresión, entre otros, en los arts. 1058 y 1258 CCyC; y en el art. 1130 CCyC recurrió al término “perecido”, que ni siquiera existe en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Es posible que ello se hubiera hecho para prever las situaciones en las cuales las cosas involucradas en el contrato son perecederas, pero, en verdad, la norma parece de mayor amplitud.

Se ha señalado que dicho vocablo proviene del Latín (*perire*) donde, en una de sus acepciones, significa “acabar, fenecer o dejar de ser”, pero, aun así, no está exenta de crítica (Cruset, José M^a, su contribución a la obra colectiva titulada “Estudio sobre la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, publicada en la rev. del Colegio de Abogados de La Plata, año LIV, edición especial, noviembre/2012, pág. 134).

⁶² La culpa y el dolo están definidos por el art. 1724 CCyC.

⁶³ Que, como vimos, reedita la discutible norma del art. 2202 CCiv sobre depósito regular civil, a la que se le ha agregado: “o la que corresponda a su profesión”.

⁶⁴ Cuiña Rodríguez, M., “Contrato de depósito. Efectos, extinción, mora y responsabilidad sobreviniente”, L.L. 1996-A, pág. 21.

⁶⁵ Esta regla ya ha tenido sus primeras expresiones en la Jurisprudencia. Así: Juzg. Nac. Com n° 10, Secr. n° 19, 05/10/2015, “P. N. y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, exp. 21784/2012.

las partes”⁶⁶. **“En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”**⁶⁷.

Eso de la **confianza especial**⁶⁸ del segundo párrafo del art. 1725 CCyC pasa a tener particular relevancia en el **contrato de depósito**, pues está en su esencia, y mucho más aún cuando se celebra con una **casa de depósito** (art. 1376 CCyC)⁶⁹.

Si bien en el art. 1364 CCyC se suprimió parte del texto que tenía el art. 1113 CCiv⁷⁰, ese mismo concepto aparece ahora, con mayor enjundia, en el art. 1757 CCyC: **“Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”**. **“La responsabilidad es objetiva**⁷¹. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Adicionalmente, introduciendo las precisiones que habían aportado la Doctrina y la Jurisprudencia, el art. 1758 CCyC establece que el guardián es responsable por el daño causado por las cosas⁷².

⁶⁶ Agudamente se ha hecho notar que la tercera regla del art. 1725 CCyC, al decir que “para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes”, incurre en cierta contradicción, pues no tiene sentido exigir una mayor diligencia a quien tenga deber de obrar con mayor prudencia y, luego, decir que no se tendrán en cuenta las circunstancias especiales o intelectuales de las personas (Yáñez Vivero, Fátima, *“Proposta argentina di un nuovo Codice Civile e Commerciale: spunti sulla responsabilità civile”*, http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/vivero_proposta.pdf).

⁶⁷ El énfasis fue agregado.

⁶⁸ Lo de la **confianza especial** aparecía el Proyecto de 1998 (por ejemplo en el art. 727). También era empleado por la Jurisprudencia (Gómez de la Lastra, Manuel C., “Comentario al fallo “Ortiz Pablo Darío c. T.G.R. Hipotecaria S.A. s/Daños y perjuicios””, MJD3043).

⁶⁹ En el Derecho español se habla del contrato de depósito en almacenes generales (Vega Hernández, Alberto, “Contratos mercantiles”, ed. Consultoría de Servicios para Gobiernos y Estudios Legislativos Apuntes de investigación y divulgación científica, pág. 35).

⁷⁰ “...pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.

⁷¹ En consecuencia, en esos supuestos, no pesa ni la culpa ni el dolo del agente (arts. 1721, 1722 y 1723 CCyC), esquema legal que fue criticado con atendibles razones por Mazzinghi. Asevera este autor que el art. 1722 CCyC, por tratar de darle un alcance general y abarcativo, termina resultando oscuro. Y agrega: “El Anteproyecto quiere ser tan amplio en la definición del factor objetivo, que termina sancionando una norma que es difícilmente comprensible”. “Porque, ¿qué significa decir que la responsabilidad es objetiva cuando la culpa es irrelevante?” “Tampoco es nada claro establecer que el responsable –que no se sabe bien quien es–, “se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición en contrario”” (Mazzinghi, Jorge A., “Factores de atribución”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, ed. El Derecho, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>).

⁷² Pizarro, Ramón, “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, L.L. 2015-D, pág. 993; CCiv y Com Trelew, 28/04/2015, “Beatove, J. M. c. Olguin, A. O. s/Daños y Perjuicios”, <http://www.eldial.com/nuevo/lite-jurisprudencia-detalle.asp?base=14&h=u&id=37530>.

Las citadas normas se potencian cuando se las combinan con los arts. 1358, 1376 y 1725 CCyC, así como con lo dispuesto por el art. 1733 CCyC, que, particularmente en el apartado “e”, declara que se es responsable por el caso fortuito si el hecho dañoso constituye **“una contingencia propia del riesgo de la cosa o (de) la actividad”**⁷³.

Adviértase que el nuevo plexo legal únicamente libera de responsabilidad al depositario cuando el hecho que perjudique a la cosa depositada sea considerado caso fortuito **externo a su actividad**⁷⁴.

Desde luego, las excusas absolutorias deben ser interpretadas de manera restrictiva, y la prueba, que está a cargo del depositario, tiene que ser “fehaciente e indudable”⁷⁵ (arg. arts. 1734 y 1736 CCyC)⁷⁶.

En suma, es notorio que la nueva legislación ha ensanchado la frontera de la responsabilidad objetiva⁷⁷.

Ello ha llevado a Calvo Costa a sostener que ha desaparecido el viejo dogma francés “no existe responsabilidad sin culpa”, pues ahora se trata más de una imputación patrimonial que de una imputación personal⁷⁸.

No comparto esa apreciación. Como adelanté, el factor subjetivo es omnipresente en la responsabilidad civil, solo que, en las hipótesis de responsabilidad objetiva, debemos inferir que la Ley presume (en algunos casos, *juris tantum*, en otros *juris et de jure*) que hay culpa o dolo del agente⁷⁹.

¿Cómo conjugar la responsabilidad objetiva del art. 1757 CCyC con la liberación del depositario cuando “la cosa depositada perece sin (su) culpa” del art. 1364 CCyC⁸⁰ y las otras normas que, como acabamos de ver, son propias de la responsabilidad subjetiva?

⁷³ Tale, Camilo, “Responsabilidad civil por incumplimiento de contrato: observaciones y propuestas de modificaciones al Proyecto de Código”, E.D. 250-803.

⁷⁴ Pita, Enrique M., “El contrato de depósito en el Código vigente y en el Proyecto de 2012”, RDPC 2014-2, “Problemática contractual. Contratos en particular”, pág. 281.

⁷⁵ CSJN, 12/12/1989, “Ortiz y otro c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 312:2413.

⁷⁶ Hernández, Carlos A., “Las eximentes de responsabilidad en los proyectos de reformas al Código Civil”, rev. de Derecho de Daños, año 2006-1, “Eximentes de responsabilidad”-I, pág. 243; Trigo Represas, Félix A., “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, rev. Derecho Privado, año I, n° 3, pág. 89.

⁷⁷ Güiraldes, Ramiro “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”, en “Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012”, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/responsabilidad-derivada-intervencion-actividades.pdf>

⁷⁸ Calvo Costa, Carlos A., “Daño resarcible”, ed. Hammurabi, pág. 51.

⁷⁹ En el Derecho Comparado: Rodríguez, Manuel A., “Heurística del derecho de obligaciones”, ed. Arte, pág. 27. Entre nosotros, por ejemplo: Garrido, Roque F. y Andorno, Luis O., “El artículo 1113 del Código Civil”, ed. Hammurabi, pág. 17.

⁸⁰ Que el depositario pueda ser disculpado por falta de culpa vuelve a demostrar que el régimen de responsabilidad objetiva se asienta en presunciones de culpa. En este caso, consagra una presunción *juris tantum*.

Galdós⁸¹, tratando de armonizar los preceptos genéricos relativos a la responsabilidad civil por daños⁸², aprecia que, en materia de **responsabilidad objetiva por la intervención de cosas**, se mantienen los dos supuestos que ya conocíamos en nuestro medio: los derivados de su **riesgo** (la eventualidad de que llegue a causar daño)⁸³ y los generados por el **vicio** (defecto originario o derivado de la cosa)⁸⁴.

En cuanto al supuesto de responsabilidad objetiva por **riesgo creado** (comprensivo del **vicio** y de las **actividades riesgosas o peligrosas**)⁸⁵ Galdós sostiene que el art. 1757 CCyC constituye el piso o umbral al que remiten las disposiciones específicas de otras responsabilidades agravadas, tanto de las leyes especiales como de la legislación general del mismo Código Civil y Comercial.

Pues bien ¿cómo encaja ese esquema, llamémosle **objetivista**, con el art. 1721 CCyC⁸⁶ que tantas críticas recibió en tiempos recientes⁸⁷? Ahí Galdós viene a coincidir con Kemelmajer de Carlucci quien, ampliando la explicación de los Fundamentos del

⁸¹ Galdós, Jorge M., “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación”, rev. Derecho de Daños 2012-3 (Proyecto de Código Civil y Comercial), pág. 345, y en “El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado (el anterior art. 1113 Código Civil)” RCyS, año XVII, nº 4, pág. 155, y “El art. 1757 del Código Civil y Comercial y el riesgo creado”, L.L. del 23/03/2016.

⁸² A partir de la redacción de los arts. 1757 y 1758 CCyC el autor glosado deduce que se suprimió la categoría de **daños causados con las cosas** y la presunción de culpa que estaban en el art. 1113 CCiv de Vélez Sarsfield.

⁸³ Algunos aprecian que la **actividad riesgosa**, en general, se relaciona con la desarrollada por empresas o profesionales (Lovece, Graciela I., “La actividad económica como factor objetivo de atribución”, MJD3303; Calvo Costa, Carlos A., “Daño resarcible”, ed. Hammurabi, pág. 55).

⁸⁴ Al respecto: López Mesa, Marcelo J., “La aplicación de un nuevo factor de atribución: la causación de un daño evitable”, MJD6595; Bueres, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-C, pág. 1254; Cerutti, María del C., “Antijuridicidad en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, <http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/login/index.php>.

⁸⁵ El concepto de **riesgo creado**, de por sí complejo, como señala Galdós en las obras mencionadas, con el Código Civil y Comercial vino a sufrir una complicación adicional derivada de la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ello hace que el art. 1757 CCyC también sea aplicable a la reparación del daño contractual en función del principio general que sienta el art. 1082 CCyC (por ejemplo, en la reparación de daños derivados de los contratos de transporte de personas o cosas, de hotelería, de contrato de obra, de contrato de servicios, de mandato, etc.).

⁸⁶ Artículo 1721: “Factores de atribución. La atribución de un daño puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

⁸⁷ Así se ha sostenido que, por lo que establece esta norma, algunas hipótesis de responsabilidad, como la de los profesionales, nunca podrían ser encuadradas como objetiva (Bertone, Sergio O., “El nuevo Código, los procesos constructivos, y la responsabilidad civil de empresarios, comitentes y profesionales liberales: un modelo para armar, y para desarmar”, MJD9980). Distinta es la opinión de Meza, Jorge, “La responsabilidad profesional en el nuevo Código Civil”. E.D. del 15/09/2016, nº 14.040.

Algunos han visto a la última oración del art. 1721 como un guiño del Legislador a los partidarios de la necesidad, en todos los supuestos, de (por lo menos) la culpa del agente (López Mesa, Marcelo J., “La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil”, MJD4444).

Justamente, por entender que el art. 1721 privilegia los factores subjetivos, se ha criticado a la Reforma considerando que ello hizo que nuestro sistema legal involucionara (Nucciarone, Gabriela A., “¿Qué derecho de daños se concibe en el proyecto de reforma del código? ¿Qué daños quiere el legislador resarcir?”, DJ, año XXIX, nº 9, 27/02/2013).

Anteproyecto, sostiene que el art. 1721 CCyC es simplemente una “norma de clausura”⁸⁸, según la cual, producido un daño, si ningún principio, regla o norma, sistemáticamente interpretados, establece para esa situación un factor objetivo, la reparabilidad dependerá, como mínimo y según las circunstancias del caso, de la verificación de una omisión de las diligencias que los hechos concretos requerían⁸⁹. Coincido con ese enfoque.

Por lo tanto, conjetura Galdós, “no existe obstáculo para la concurrencia y acumulación de la responsabilidad subjetiva del causante del daño con la objetiva del sindicado como responsable por el riesgo de la cosa o de la actividad”.

Justo es aclarar que hay posiciones total o parcialmente adversas a esa tesis. Así Picasso afirma “que cada factor de atribución tiene su ámbito de aplicación propio y específico, y que ninguno de ellos debería ser erigido al rango de principio general”⁹⁰.

De su lado López Mesa piensa que la última oración del art. 1721 CCyC es una especie de guiño del Legislador a los partidarios de la necesidad, en todos los supuestos, de (por lo menos) la culpa del agente⁹¹.

A mi juicio⁹² la norma del art. 1721 CCyC debe verse complementada por la del art. 1725 CCyC. Y lo de la “ausencia de normativa” del art. 1721 CCyC debe entenderse como referido a una norma expresa del Código o de otro ordenamiento jurídico que imponga la responsabilidad objetiva⁹³.

Es cierto que habrá que suponer que la responsabilidad objetiva y subjetiva, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, conviven en cierta armonía en el Código⁹⁴. A esa concordancia debe apuntar la interpretación de la Ley⁹⁵.

⁸⁸ Galdós había anticipado este punto de vista en: “La culpa como norma de clausura”, rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, nº 3, marzo/2013.

⁸⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, rev. Jurídica UCES, http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/bitstream/123456789/2138/1/Lineamientos_Kemelmajer-Carlucci.pdf

⁹⁰ Picasso, Sebastián, “La reforma del derecho de daños”, J.A. 2012-IV, Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/4884/2012.

⁹¹ López Mesa, Marcelo J., “La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil”, MJD4444.

⁹² Algunas de estas reflexiones las plasmé en: Rubín, Miguel E., “Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada “desestimación de la personalidad jurídica” y su incorporación al Código Civil y Comercial”, E.D. de los días 18 y 19 de junio de 2015.

⁹³ En similar orientación: Mosset Iturraspe, Jorge, “La función resarcitoria. La responsabilidad objetiva en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, rev. de Derecho de Daños, 2014-1, pág. 9.

⁹⁴ Bien se ha dicho que toda interpretación de la ley debe partir de la premisa de que se trata de un sistema lógico y coherente (Betti, Emilio, “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, ed. Revista de Derecho Privado, pág. 269).

⁹⁵ Velluzzi, Vito, ““Interpretación sistemática”: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, traducción de Amalia Amaya, rev. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 21-I, año 1998, pág. 65.

Empero, partir de la base que, más allá de las tensiones que exhiben los preceptos entre sí, son armónicos, no resuelve todas las inquietudes que ellos mismos provocan.

Los arts. 1722 y 1723 CCyC nos presentan un cuadro turbador: el art. 1722 CCyC establece que “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”⁹⁶. Y el art. 1723 CCyC impone la responsabilidad objetiva “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado.”⁹⁷.

Es notorio que el art. 1722 CCyC fue pensado para hipótesis de responsabilidad extracontractual, mientras que el art. 1723 CCyC tiene su génesis en el régimen anterior de responsabilidad contractual. Pero ocurre que el Legislador decidió aunar los regímenes de la responsabilidad contractual y extracontractual⁹⁸.

Quedamos así frente a los siguientes problemas: ¿Cuándo la culpa del agente es irrelevante como factor de atribución de responsabilidad? ¿Cuándo el deudor debe obtener un resultado determinado para que se aplique la responsabilidad objetiva?

¿Son acumulativos ambos requisitos? Dicho de otro modo: ¿hay responsabilidad objetiva cuando la culpa del agente es irrelevante y, además, cuando las circunstancias de la obligación indican que el deudor debía obtener un resultado determinado?

Ninguna norma del Código nos da una respuesta certera. Ello hará que, tanto en territorio contractual como en el extracontractual, tal determinación quede en manos de los jueces.

⁹⁶ Esto de “excepto disposición legal en contrario” también nos permite confirmar que en tales supuestos opera una especie de presunción *juris tantum* de culpabilidad del agente, pues este, acreditando la causal liberatoria prevista por la Ley, se exime; pero, en otras hipótesis, tal liberación no tiene lugar, como ocurre con la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753 CCyC). Allí la presunción de culpabilidad es *juris et de jure*.

⁹⁷ Algunos autores piensan que, en realidad, en todo contrato las partes prometen un resultado determinado. De otro modo no habría contrato (así: Mazzinghi, Jorge A., “Factores de atribución”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, pág. 507, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>).

Mas es notorio que lo del **resultado determinado** tiene que ver con la tesis de Demogue que distinguía entre las obligaciones **de medios** y **de resultados** (Demogue, René, “*Traité des Obligations en general*”, ed. Arthur Rousseau) que por décadas tuvo amplia difusión en nuestro medio (por ejemplo: Galli, Enrique V., “Obligaciones de resultado y obligaciones de medio”, rev. Jurídica de Buenos Aires, año 1958, pág. L; Vázquez Ferreyra, Roberto, “La responsabilidad contractual objetiva”, L.L. 1988-B, pág. 998; Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho Civil argentino”, L.L. 143, pág. 871; Llambías, Jorge J., “Daños causados por productos elaborados”, L.L. 1979-B, pág. 1096).

⁹⁸ Unificación que tenía sentido para algunas cosas, como la extensión de la responsabilidad a determinadas consecuencias dañosas, pero no para muchas otras. De hecho, en el nuevo Código, como acabamos de ver, hay normas que claramente valen exclusivamente para el ámbito contractual y otras para el extracontractual.

Por si tantas dificultades fueran pocas, el art. 1717 CCyC determina que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”⁹⁹, concepto no menos impreciso que los anteriores¹⁰⁰.

Es cierto que el art. 1718 CCyC¹⁰¹ menciona a algunas de las conductas que causan daño, pero que están justificadas. Sin embargo, ni podemos pensar que esa lista de situaciones constituye un *numerus clausus*, ni la falta de justificación es la única vía de acceso a la responsabilidad objetiva.

¿Quién determinará entonces si el daño está o no justificado? El juez por supuesto.

Y ¿bajo qué condiciones una actividad debemos reputarla **riesgosa** para que entre a jugar la responsabilidad objetiva? Ello también será labor del juez, por cierto.

¿Qué tienen en común todos los preceptos que acabo de mencionar? Todos son de trama abierta, es decir que, mediante el recurso de emplear vocablos de gran extensión conceptual, en el fondo endosan al juez la misión de establecer, en el caso concreto, quién responde y quién no¹⁰².

Algunos verán esa técnica como una especie de claudicación del legislador; otros pensarán que esa metodología es inevitable porque no hay forma de incluir en un precepto legal, con absoluta precisión, todas las hipótesis que debieran estar abarcadas¹⁰³. Puede ser, pero habrá que conceder que cada vez que una norma se construye de ese modo la seguridad jurídica pierde terreno porque es muy difícil saber de antemano qué decidirá el juez a la hora de la verdad¹⁰⁴.

⁹⁹ La norma es similar a la prevista en el Proyecto de 1993 y en el art. 1588 del Proyecto de 1998.

Sobre el particular: Bueres, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-C, pág. 1254; De Lorenzo, Miguel F., “El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998”, L.L. 2000-C, pág. 975; Taraborelli, Alejandro A., “Manual de obligaciones y de responsabilidad Civil”, ed. La Ley, pág. 584; Cerutti, M. del Carmen, “Antijuridicidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, [aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/.../Antijuridicidad_en_el_Proye....](http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/.../Antijuridicidad_en_el_Proye...)

¹⁰⁰ Carranza Latrubesse, Gustavo, “Las nuevas reglas de la responsabilidad civil. Visión crítica”, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-nuevas-reglas-de-la.

¹⁰¹ Basado en el art. 1589 del Proyecto de 1998.

¹⁰² Mantilla Espinosa, Fabricio, “Interpretar”: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del Derecho Privado”, rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, 2º Semestre de 2009, pág. 537, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200015

¹⁰³ Portalis, al presentar el Código Napoleón, dijo: “..la misión de la ley es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer los principios fecundos en consecuencias y no descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia, [así pues, le corresponde] al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, [...] dirigir su aplicación” (Portalis, Jean E. M., “Discurso Preliminar al Código Civil Francés” (traducción de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson), ed. Civitas S.A., pág. 36).

¹⁰⁴ Reyes Barragán, Ladislao A. y de las Casas Vega, Carlota O., “Aspectos legales fundamentales en los negocios para la inversión en un país”, rev. Ciencias Administrativas. Teoría y praxis, enero-junio/2016, nº 1, año 12, pág. 237, http://acacia.org.mx/busqueda/pdf/ASPECTOS_LEGALES_FUNDAMENTALES_EN_LOS_NEGOCIOS_PARA_LA_INVERSION_EN_UN_PAIS.pdf

Siendo así, como reflexiona López Mesa¹⁰⁵, no será de extrañar que algunos jueces y doctrinarios pasen a sostener que “...toda actividad es riesgosa -o incluso más fácilmente que toda actividad es peligrosa-, llevando el mandato legal al infinito, por conducto de la interpretación del concepto indeterminado «por las circunstancias de su realización»”¹⁰⁶.

6.- El caso fortuito externo a la actividad del depositario.

El art. 1730 CCyC perfila el **caso fortuito** genérico. Es el que “no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”.

Ese concepto viene moldeado por otras normas para situaciones especiales, como los arts. 1731 CCyC (tocante al hecho de un tercero), 955, 956, 1732 y 1733 CCyC (sobre imposibilidad de cumplimiento), y 1750 2º párrafo CCyC acerca de los daños causados por quien sufre fuerza irresistible, etc.

Además, diversas situaciones que en ciertas ocasiones son tenidas por **caso fortuito**, como el incendio, no siempre son consideradas tal cosa por el Código¹⁰⁷. En efecto, el art. 1206 CCyC, sobre el contrato de locación, establece una responsabilidad “por la destrucción de la cosa por **incendio no originado en caso fortuito**”.

Por otra parte, el caso fortuito puede no liberar de responsabilidad. Así ocurre, por ejemplo, en la hipótesis del art. 763 CCyC.

En otros supuestos la figura queda sujeta a una interpretación restrictiva, como en el art. 792 CCyC¹⁰⁸.

Anticipé que el art. 1376 CCyC agravó la responsabilidad del dueño de la **casa de depósito**. Por eso la misma norma (similar a la del art. 1371 CCyC referida a la responsabilidad del hotelero¹⁰⁹, y a la del art. 1413 CCyC sobre el servicio de caja de seguridad¹¹⁰) sólo libera de responsabilidad al propietario de una casa de depósito por

¹⁰⁵ López Mesa, Marcelo J., “La aplicación de un nuevo factor de atribución: la causación de un daño evitable”, MJD6595.

¹⁰⁶ En similar orientación crítica: Tale, Camilo J., “Cuarenta y dos objeciones fundamentales al Proyecto de Código Civil de 1998, en materia de responsabilidad civil”, E.D. 191-953.

¹⁰⁷ Ello es lógico. Ningún suceso en abstracto puede calificarse como de fuerza mayor (Gutiérrez de Larrauri, Natalia, “La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *hardship* en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”, rev. de Derecho Privado, n° 44, año 2010, (http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri72.pdf).

¹⁰⁸ Peix, Horacio A., “Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012” ed. El Derecho, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/obligaciones-clausula-penal-sanciones-conminatorias.pdf>

¹⁰⁹ Arias Cáu, Esteban J., “El contrato de hospedaje en el proyecto de Código Civil y Comercial”, MJD6265.

¹¹⁰ Está discutido si el contrato de caja de seguridad es realmente un contrato de depósito (Esper, Mariano, “Manual de contratos civiles y comerciales”. “Parte especial”, ed. Abeledo-Perrot, pág. 690).

pérdida o destrucción de las cosas guardadas cuando medie **caso fortuito externo a su actividad**.

Es decir, se trata de un caso fortuito calificado.

Pero ¿cuándo el *casus* es **externo a la actividad** del depositario profesional¹¹¹? Para encontrar la respuesta hay que hacer un poco de Historia.

La idea de **exterioridad a la actividad** tiene más de ciento veinte años. Fue creación del austríaco Exner¹¹², a la que llegó tratando de distinguir el **caso fortuito** de la **fuerza mayor**¹¹³.

Para Exner el **caso fortuito** corresponde a eventos que “aunque se confíe implícitamente en su no ocurrencia, suelen ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida, son eventos connaturales, aunque esporádicos, a la actividad empresarial, industrial o de servicio, en que acaecen”; en tanto que “la fuerza mayor deriva de un suceso totalmente extraño a dicho círculo de actividad, el cual hace acto de presencia de un modo inesperado, violento, insuperable”. En suma: el **caso fortuito** consistiría en un obstáculo de carácter interno, y la **fuerza mayor** en un obstáculo de carácter externo.

La teoría de Exner fue modificada por Josserand en 1897¹¹⁴, quien aseguró que el hecho dañoso no es necesariamente **exterior** por provenir materialmente por fuera del dominio del ofensor.

Vale aclarar que Josserand pensaba que el **caso fortuito** no tenía valor liberatorio; aptitud que únicamente le reconocía a la **fuerza mayor**.

Asimismo debo destacar que tanto Exner como Josserand escribieron a partir de fines del siglo XIX, cuando aparecen los vehículos a motor y crece geoméricamente el trabajo dependiente en la industria¹¹⁵.

Josserand procuró mejorar la situación de los damnificados. Fue precursor en desterrar a la **ausencia de culpa** como eximente de la responsabilidad por daños¹¹⁶.

¹¹¹ Téngase en cuenta que, para buena parte de la Doctrina, el caso fortuito siempre es ajeno o extraño al presunto responsable o al deudor (por ejemplo: Pizarro, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva” ed. La Ley, vol. 1, pág. 334).

¹¹² Exner, Adolf, “La fuerza mayor en el Derecho Mercantil romano y en el actual”, (traducido al español por Emilio Miñana y Villagrasa, año 1905), ed. Librería General de Victoriano Suarez, pág. 133.

¹¹³ La obra de Exner hace pie en el Derecho Romano, lo que es lógico pues era tiempo de los post-glosadores para quienes toda elaboración jurídica debía encontrar referencias en esa fuente.

¹¹⁴ Josserand, Louis, «*La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*», ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence. Esta teoría fue desarrollada ulteriormente en otras obras como su “Derecho Civil”, tº II, vol. I, “Teoría general de las obligaciones”, (traducción Santiago Cunchillos y Manterola), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América.

¹¹⁵ Para Exner los accidentes, en tanto se generan en el ámbito industrial, no liberan de responsabilidad al dueño de la empresa, quien sólo podría excusarse invocando la fuerza mayor.

¹¹⁶ Uribe García, Saúl, “La responsabilidad por riesgo”, rev. Ratio Iuris, n° 1, año 2005, pág. 30.

En definitiva, el hacer eje en el riesgo propio de la empresa del deudor lo que procuró fue calificar al **caso fortuito** como **objetivo**, es decir, independiente de toda idea de culpa¹¹⁷.

Ese enfoque del problema tuvo consagración en el art. 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, que expresamente estableció como causa de exoneración a los **hechos imprevistos externos al control del contratante**¹¹⁸. La misma tendencia aparece en las propuestas de Derecho uniforme en materia de contratos como los Principios de UNIDROIT (art. 7.1.7), los PECL (art. 8.108), y el DCFR (art. 3.104.1)¹¹⁹.

Sin embargo, se duda si ese concepto amplía o limita la exoneración de la responsabilidad¹²⁰.

En nuestro medio, antes de la Reforma, la Jurisprudencia también recurrió a la noción de **caso fortuito externo a su actividad**¹²¹.

Sin embargo, el camino que condujo a su incorporación al Código único fue algo sinuoso. El concepto apareció en los Proyectos de 1987 y 1993, pero, respecto del depositario, no tuvo cabida en el Proyecto de 1998, pues sólo lo liberaba de responsabilidad, total o parcialmente, si el daño era ocasionado por la culpa del damnificado (art. 1666)¹²², norma que le valió alguna crítica¹²³.

¹¹⁷ Brantt, M^a Graciela, "La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato", rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n^o XXXIII, 2^o Semestre de 2009, pág. 39, <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a01.pdf>.

¹¹⁸ El concepto de fuerza mayor, en el ámbito internacional de los negocios, se encuentra en constante evolución. Véase: McKendrick, Ewan, "*Force majeure and frustration of contract*", ed. Informa Law.

¹¹⁹ El art. 7.1.7. de los Principios UNIDROIT, así como el art. 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, y el art. 8:108 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos giran en derredor de estas ideas: los hechos constitutivos de fuerza mayor deben impedir el cumplimiento de la obligación de manera absoluta, total y definitiva, sin perjuicio de que las partes estipulen que esta causal de exoneración pueda alegarse cuando el impedimento sea temporal, en cuyo caso la obligación quedará en suspenso hasta que el obstáculo termine o sea removido. Si la imposibilidad es parcial, el deudor debe estar dispuesto a cumplir la parte de la prestación que no haya resultado afectada por el suceso imprevisto. (Franco Leguizamo, Camilo, "Caleidoscopio de la fuerza mayor. Derecho Comparado e Internacional", rev. e-Mercatoria, vol. 8, n^o 1, año 2009).

¹²⁰ Pinheiro Corrêa, Thiago, "*A teoria do fortuito externo: um novo estudo*", <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10338/Thiago%20Pinheiro%20Corr%C3%A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹²¹ Por ejemplo: CNCiv, Sala "E", 11/05/2011, "F. D., G. M. c. F. C. J. A. y otros s/Daños y perjuicios", MJJ66892; CCiv. Com. San Martín, Sala 2^a, 15/03/2001, "González, Javier A. c. Club Atlético Chacarita Juniors s/Daños y perjuicios", El Dial: W14D19.

¹²² Llamativamente, el Proyecto de 1998 sí recurrió a la noción de **caso fortuito externo a su actividad** en las normas sobre los hoteleros (art. 1292) y los establecimientos educativos (art. 1679).

¹²³ Tale, Camilo J., "Cuarenta y dos objeciones fundamentales al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad civil", E.D. 191-953.

Volvamos al texto del art. 1376 CCyC. ¿Puede haber un hecho imprevisible e inevitable ex art. 1730 CCyC que no libere de responsabilidad? ¿Acaso hay un **caso fortuito** propio de la actividad del depositario?

En un interesante fallo se dijo que el robo de los bienes depositados no puede ser considerado **caso fortuito** para el depositario profesional¹²⁴. Lo propio puede decirse respecto del incendio, como lo entendió la Jurisprudencia y la Doctrina anterior a la Reforma¹²⁵.

Pero que el robo, el incendio o la inundación que afecte a los bienes depositados no puedan considerarse imprevisibles para el depositario profesional no quiere decir que sean **caso fortuito propio de su actividad**, pues sencillamente no son **caso fortuito**¹²⁶.

¹²⁴ Juzg. Civ y Com Santa Fe, 2ª Nominación, 03/08/2016, "Industrias Frigoríficas Recreo c. Banco Macro S.A.", MJJ100050.

¹²⁵ El incendio, desde tiempo inmemorial, no es considerado caso fortuito, pues es previsible (Llambías, Jorge J., "Código Civil anotado", ed. Abelardo-Perrot, tº II-A, pág. 127; Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo, "Código Civil...", ed. Astrea, tº 2, pág. 666; Bueres, Alberto J. (director), Highton, Elena (coordinadora), "Código Civil...", ed. Hammurabi, tº 2-A, pág. 181; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil" "Obligaciones", ed. Perrot, tº I, pág. 124).

Por eso, cuando regía el Código de Vélez Sarsfield se juzgó que quien emplea mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por su "naturaleza explosiva o inflamable" debe responder por los daños ocasionados a los terceros, con prescindencia de su culpa, porque el factor de atribución está en la creación del peligro potencial (Belluscio, Augusto y Zannoni, Eduardo, "Código Civil...", ed. Astrea, tº 5, pág. 459).

En esa dirección Kemelmajer de Carlucci, en un resonante fallo (SCJ Mendoza, 08/05/2002, "Fernández, Paulino en Jø 4328 2cc/61932 "Fernández, Paulino c. Adolfo Campos P/Sum D Y P", Rec. Ext. de Inconstit. Casación", Exp. nº 71543) sostuvo:

- "No son fortuitos los incendios que encuentran causa en defectos de instalación, cables en mal estado o combustión del material acumulado. Un sitio en llamas no es una cosa inerte, pues el riesgo resulta del hecho de la cosa. En consecuencia, sus dueños o guardianes no pueden eludir su responsabilidad por los daños ocasionados a menos que prueben la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deben responder, o el caso fortuito".
- "El incendio no debe considerarse como caso fortuito, aunque puede configurarlo en situaciones especiales. Normalmente deriva de hechos que se pueden prever y evitar asumiendo las diligencias necesarias; no faltan casos en que son directamente el resultado de la desidia, la ignorancia o la carencia de medios económicos".
- "El corto circuito como causa de un incendio no configura necesariamente un caso fortuito irresistible".

Ello era particularmente válido respecto del guardián, sobre todo si tal actividad la desarrolla profesionalmente (CNCiv y Com Fed, Sala 2ª, 17/05/2011, "Méndez Alcoba, Clarisa G. y otros c. Cacciola S.A. s/Daños y perjuicios", MJJ66887, donde se invoca el precedente de la misma Sala del 15/05/2009 en la causa "Munic, Federico c. Cacciola S.A. y otros", y las enseñanzas de López Mesa, Marcelo J., "Código Civil y Leyes Complementarias. Anotados con jurisprudencia", ed. Lexis-Nexis, año 2007, tº 1.1, pág. 632 y sus citas).

El hurto o robo de las cosas depositadas corrían por los mismos parámetros conceptuales (Mazzinghi, Jorge A., "El robo de un vehículo de la playa de estacionamiento de un supermercado, la figura del depósito necesario, y el análisis de otras situaciones parecidas", E.D. 188-492, comentando el fallo: CCiv y Com San Isidro, Sala IIª, 30/11/1999, "Interamericana S.A. de Seguros Generales c. Wal-Mart Argentina S.A.").

¹²⁶ Se advierte en ello una evolución de nuestra legislación. El art. 2237 CCiv de Vélez establecía que "No es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, o por escalamiento

Para terminar de entenderlo hay que salir un instante del análisis jurídico para entrar en el costado económico del negocio¹²⁷, sobre todo visto desde la perspectiva del empresario.

El depositario profesional asume diversos costos del negocio: el alquiler o compra de un local que sirva para depósito, la implementación de determinadas medidas de seguridad, la contratación del personal adecuado, los impuestos y la prima de una póliza de seguro que cubra los riesgos propios de la actividad.

Para que pueda determinarse el costo de la guarda las medidas de seguridad y el contrato de seguro deben tener límites¹²⁸. No puede haber responsabilidad infinita¹²⁹. Así lo ha entendido la Corte Suprema¹³⁰.

Sobre la base de esos costos, y sumándole la utilidad esperada (porque nadie organiza un negocio si no trata de ganar dinero), el empresario determina el precio de su servicio.

¿Podríamos decir entonces que la responsabilidad debiera tener cierta relación con esa ecuación económico-financiera¹³¹? Es decir: cuanto mayor sea el precio del servicio ¿más extensa será la responsabilidad del depositario? No necesariamente.

La Jurisprudencia estadounidense, en casos de auto-depósito (*self storage*), a pesar de las prevenciones que contiene la documentación contractual acerca del mínimo costo del servicio, impuso condenas indemnizatorias por razones de equidad¹³².

Eso quiere decir que el precio no siempre guarda una proporción aritmética estricta con los costos y las expectativas de utilidad del depositario.

De manera que, aunque todo esto pueda servir de pauta, no es la única que debe ponderarse para llegar a una solución ecuánime.

Por ende, para tratar de encontrar la solución apropiada, volvamos al Derecho.

que no pudiese resistir el posadero". Esas hipótesis de la norma citada hoy no podrían considerarse caso fortuito ni fuerza mayor.

¹²⁷ Los proyectistas del Código, en los Fundamentos, dijeron sobre el particular: "...Esta es una regla que se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuanto mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad..."

¹²⁸ En algunos casos, como ocurre con los seguros de responsabilidad civil de vehículos automotores, esos límites son determinados por la Superintendencia de Seguros de la Nación (Resolución N° 39.927/2016).

¹²⁹ Lerda, Federico M., "Oponibilidad y alcance de los límites de cobertura en el seguro de responsabilidad civil", <https://aedsiadotcom.files.wordpress.com/2016/03/ponencia-federico-lerda-oponibilidad-y-alcance-de-los-limites-de-cobertura-en-el-seguro-de-responsabilidad-civil.pdf>

¹³⁰ CSJN, 10/11/2015, "Fernández, Gustavo G. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires/Secretaría de Educación s/Daños y perjuicios", CSJ 198/2.013 (49-F)/CS1.

¹³¹ Se ha dicho, respecto del contrato de caja de seguridad, que tendría que haber una relación entre el precio del servicio y la limitación de la responsabilidad (a menos valor más limitación, y viceversa) (Quaglia, Marcelo C. y Verdura, Sergio W., "Contratos bancarios: locación de cajas de seguridad", J.A. 2003-III-1054).

¹³² Por ejemplo: Superior Court of New Jersey, 25/02/2000, "Gonzalez v. Self Storage Inc.", ResetAAFont size:Print 184, <http://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court/1044051.html>

En principio, la obligación de indemnizar por las cosas dañadas o desaparecidas que habían sido recibidas en depósito pesa sobre el depositario (arts. 1358 y 730 inc. “c” CCyC), y, en particular, sobre los propietarios de casa de depósito (art. 1376 CCyC); responsabilidad que –insisto– claramente reposa en normas imperativas (art. 150 ap. “a” CCyC)¹³³.

Tales normas son el correlato de la obligación de restituir del art. 759 CCyC y de la condición de onerosidad que ostenta el contrato de depósito (art. 1357 CCyC)¹³⁴.

Nótese que en los contratos a título oneroso “las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra” (art. 967 CCyC). Lo mismo ocurre, incluso, con la renuncia a los derechos (art. 945 CCyC).

En consecuencia, si en un contrato sólo una de las partes tiene ocasión de beneficiarse se daría el enriquecimiento sin causa que nuestra Ley proscribe (art. 1794 CCyC)¹³⁵.

En suma, el ordenamiento busca que se tienda a un “ajuste equitativo de los intereses de las partes”, según las palabras del art. 1068 CCyC referido al sentido de las cláusulas contractuales de redacción oscura¹³⁶.

En esta materia campea, como si fuera el fiel de la balanza, la noción de **equilibrio entre las prestaciones** de las partes¹³⁷.

Sin embargo, sagazmente el ordenamiento legal no manda a que se de una equivalencia perfecta entre los derechos y obligaciones de unos y otros, ya que, según se mire, es muy común que lo que uno da y el otro recibe no sean estrictamente del mismo valor.

La Ley tampoco garantiza a los contratantes que obtendrán beneficios. Aquí de lo que se trata es de un reparto parejo de oportunidades¹³⁸.

¹³³ Con ello no se hace sino hacer nuestro un principio muy difundido en el Derecho Comparado. Por ejemplo: Martín Santisteban, Sonia, “El depósito y la responsabilidad del depositario”, ed. Aranzadi, pág. 32.

¹³⁴ Condición que comparte con el **contrato de mandado** (art. 1322 CCyC) con el que tiene bastante puntos de contacto.

¹³⁵ El instituto del enriquecimiento sin causa tiene hoy, a nivel internacional, amplio acogimiento, bien que con matices diferentes (Moura Vicente, Darío, “El enriquecimiento sin causa en el reglamento de Roma II”, rev. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, nº 2, año 2016, pág. 292).

¹³⁶ El principio **favor debitoris** (que se infería del art. 218 inc. 7 CCom), que fue de gran abolengo en el pasado, si bien es mantenido en el contrato a título gratuito, luce atenuado respecto de los contratos a título oneroso (Calvo Costa, Carlos A., “El principio “favor debitoris” frente al proyecto de Código Civil y Comercial”, <http://ccalvocosta.com.ar/articulos/Favor%20debitoris%20La%20Ley.pdf>). Ello es lógico en el mundo de hoy lo inequitativo no siempre afecta al deudor.

¹³⁷ La función del juez de verificar (y en su caso, restablecer) el equilibrio entre las prestaciones es moneda corriente en el Derecho Comparado contemporáneo (Chamie, José F., “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato”, rev. de Derecho Privado nº 14, año 2008, pág. 113).

¹³⁸ La idea de reparto equitativo de los riesgos aparece en diversas directivas de la Comunidad Europea (Vázquez Bulla, Cristiano, “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial”, rev. UNED, nº 14, año 2014, pág. 721, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-14-7220/Documento.pdf>).

Por eso lo que la Ley persigue no es cualquier desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes; apunta únicamente al **desequilibrio significativo**¹³⁹. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 1119 CCyC, para calificar de abusiva a la cláusula contractual¹⁴⁰.

El contrato de seguro tiene, en esta materia, una función relevante. Es que, si un riesgo se puede asegurar ya deja de ser absolutamente imprevisible¹⁴¹.

Ello demuestra que lo imprevisible del *casus* (art. 1730 CCyC) no es absoluto.

Sin embargo, no todo lo imprevisible o inevitable es asegurable. De acuerdo al art. 3 de la ley 17418 el contrato de seguro es nulo (entre otras razones) si, para el asegurador, es imposible “de que ocurriese el siniestro”¹⁴².

Así, por ejemplo, no se podría celebrar un contrato de seguro que cubra el riesgo de ser dañado por un disparo de bala producido por una pared. En ese caso, como eso no puede ocurrir, el asegurador estaría cobrando la prima por nada, es decir, habría enriquecimiento sin causa.

Por ende, el riesgo asegurable debe consistir en un evento dañoso (siniestro) que no se sabe si ocurrirá, pero que, al menos, debe existir cierto grado de posibilidad de que se dé¹⁴³.

En este punto entra a tallar la profesión del obligado. Para una casa de depósito el robo o el incendio (del local o de las cosas depositadas) no pueden ser imprevisibles¹⁴⁴, como

¹³⁹ Esto del “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes” ya aparecía en el Proyecto de 1998 que, a su vez, se inspiró en la Directiva CEE 93/13 (art. 3º ap. 1), la que influyó en casi todas las normativas nacionales europeas (Stiglitz, Rubén S., “El contrato por adhesión a condiciones generales predispuestas en el proyecto de 1998”, MJD1106).

¹⁴⁰ Barry, Luis D. y Cristiani, Milagros M., “Comentario al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, E.D. 253-485.

Esa noción de desequilibrio encuentra varios antecedentes en el Derecho Comparado. Ilustrativo, sobre el particular, el art. 3.10 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

En nuestro país la Corte Suprema hace años que viene sosteniendo que los jueces tienen la obligación de restablecer el equilibrio que debe reinar entre las partes del contrato (por ejemplo: CSJN, 21/09/2004, “Aquino c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, voto de los Dres. Petracchi y Zafaroni, Fallos 327-3753; L.L., 2005-A, pág. 230).

¹⁴¹ El riesgo siempre es aleatorio. Sin embargo, puede ser más o menos previsible, y, en consecuencia, también puede ser imprevisible. La imprevisibilidad también admite grados. Ello dio lugar, a principios del Siglo XX, a la teoría de la imprevisibilidad (Hauriou, Maurice, “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”, ed. Revista de Derecho Privado, pág. 13) que lejos está de encontrar sus perfiles definitivos.

¹⁴² CCiv y Com Lomas de Zamora, 19/06/2008, “D., M. c. Altamirano Roberto y ot., D. E. y ot. C. Altamirano Roberto y ot., R. R. y otro c. Altamirano Roberto y otro, P. A. c. Suc. de González Néstor, A. R. c. Altamirano Roberto s/Daños”, MJJ36083.

¹⁴³ CNCom, Sala “A”, 20/09/2013, “Murúa, Santiago A. c. La Meridional Cía. Argentina de Seguros”, MJJ82859.

¹⁴⁴ CNCom, Sala “C”, 21/12/2016, “M., R. N. c. T., M. A. y otro”, E.D. Digital (90551); ídem, Sala “A”, 06/02/2004, “Giolito, Daniel H. c. Banco de Boston y otro”, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom; CCiv

sería la caída de un meteorito¹⁴⁵. Ello se ha visto con claridad en supuestos de responsabilidad de la terminal portuaria frente al dueño de la carga¹⁴⁶.

Es evidente entonces que, aquí también, la Ley procura establecer una pauta de razonabilidad. Es justo que el depositario responda por el robo de las cosas que estaban a su guarda, pero no si tales cosas son confiscadas por el Estado en caso de guerra.

Una forma de aproximarnos a una respuesta valedera aparece en los ya mencionados arts. 961 y 1725 CCyC¹⁴⁷. Allí hay referencias a lo que “razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”, y al incremento de la **diligencia exigible** al profesional de cualquier actividad; y, consecuentemente, al proporcional aumento de la **previsibilidad de las consecuencias**¹⁴⁸.

A ello apunta también la mencionada **confianza especial** que, en un contrato determinado, una de las partes despierta en la otra (mismo art. 1725 CCyC).

De otro modo, como bien se ha dicho, el contrato, para el depositante, quedaría sin causa¹⁴⁹.

Como imaginará el lector, he aquí un nuevo engrosamiento de las labores interpretativas del juez.

7.- Nexo causal y carga de la prueba.

Es cierto que, para obtener el reconocimiento judicial de la indemnización, hay que establecer el nexo causal entre el daño y el hecho lo que suscita¹⁵⁰. Sin embargo, el depositante, cuando las cosas dadas en guarda sufren un siniestro, tiene grandes limitaciones para establecer sus causas precisas.

Com Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 26/03/2015, “Barrionuevo, Alberto J. c. Figliuolo, Adriana y otros”, MJJ91694.

¹⁴⁵ López Mesa, Marcelo J., “Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial”, L.L. del 29/04/2015.

¹⁴⁶ En este ámbito se han considerado implicados tanto las normas del derogado Código Civil, como las del art. 275, inc. “b” de la Ley de la Navegación (Romero Basaldúa, Luis, “Responsabilidad de las terminales portuarias por las mercaderías depositadas y en tránsito”, rev. In Lure, año 2 (2012), vol. 1, pág. 13). Hay precedentes jurisprudenciales. Así: CNCiv y Com Fed, Sala IIª, 12/11/2009, “Glass Tint SRL c. Terminales Río de La Plata S.A.”, MJJ53080.

¹⁴⁷ Galdós, Jorge M. y Valicenti, Ezequiel, “La reparación del daño y la previsibilidad contractual (el art 1728 CCCN)”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/La-reparaci%C3%B3n-del-da%C3%B1o-y-la-previsibilidad-contractual-por-Gald%C3%B3s.pdf>

¹⁴⁸ Al respecto: Padilla, Rodrigo, “Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial”, rev. Anales de Legislación Argentina, año LXXV, nº 27, octubre/2015, pág. 171.

¹⁴⁹ CNCom, Sala “C”, 21/12/2016, “M., R. N. c. T., M. A. y otro”, E.D. Digital (90551).

¹⁵⁰ LLambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, ed. Abeledo-Perrot, 2ª ed., tº I, nº 281; Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, ed. Abeledo-Perrot, 5ª ed., nº 580; Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, ed. Depalma, 4ª ed., tº II, nº 1313.

De allí que la Jurisprudencia ha determinado que, por aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas (que ahora consagra el art. 1735 CCyC¹⁵¹), es el depositario quien, si quiere exculparse, debe demostrar la presencia de las causas legales de exculpación¹⁵². La responsabilidad del depositario se acentúa cuando la destrucción o desaparición de las cosas dadas en depósito se ha dado simultáneamente con el hecho dañoso, lo que hace presumir la existencia de la relación causal entre ambas circunstancias. En esa dirección la Corte Suprema reiteradamente ha dicho que

*"Ante la dificultad que se presenta en la mayoría de los casos (tratándose de incendios) para rendir una prueba directa de la relación de causalidad, ésta puede darse por probada a partir de una cierta simultaneidad entre el hecho generador y el incendio, apreciada de acuerdo a las particularidades de cada caso y sin que deba estarse a normas rígidas"*¹⁵³.

Ese criterio ha sido seguido en distintos fueros¹⁵⁴.

8.- Extensión de la responsabilidad.

Veamos ahora cuáles son las consecuencias dañosas que debe indemnizar el depositario.

El art. 520 CCiv establecía que “en el resarcimiento de los daños e intereses sólo comprenderá los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”¹⁵⁵. A su vez el art. 901 CCiv definía a las **consecuencias inmediatas** de un hecho como aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas¹⁵⁶.

Por lo tanto había que interpretar armónicamente el art. 520 CCiv con el art. 901 CCiv¹⁵⁷. Así lo entendió la Jurisprudencia¹⁵⁸.

¹⁵¹ Kielmanovich, Jorge L., “Algunas reflexiones en torno a la teoría de la carga dinámica en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, rev. Compendio Jurídico, tº 66, pág. 95.

¹⁵² Arazi, Roland, Berizonce, Roberto O. y Peyrano, Jorge W., "Cargas probatorias dinámicas", L.L. 2011-D, pág. 1038.

¹⁵³ CSJN, 26/02/2002, “Domínguez, Emilia R. y otro (sucesores de Cecilio Senar) c. E.F.A.” (D.190.XXXVII.R.O.), EDJ5596. También Fallos: 325:210, 325:210, 272:148, cons. 5º.

¹⁵⁴ Por ejemplo: CNCiv y Com Fed, Sala 1ª, 25/06/2013, “Vallejos, Luis M. y otros c. EDESUR S.A.”, MJJ88783; ídem, Sala 2ª, 05/09/2013, “A. C. E. y otros c. EDENOR S.A. s/Daños y perjuicios”, MJJ82978, donde se cita al precedente de la CSJN Fallos 325:210.

¹⁵⁵ El empleo de los vocablos **sólo comprenderá** en el art. 520 daba un tono restrictivo al alcance de la responsabilidad (Morello, Augusto M. y Galdós, Jorge, "Indemnización del daño contractual", ed. Lexis Nexis, nº 224).

¹⁵⁶ Orgaz sostenía que la **consecuencia necesaria** es la que no ocurre libre o espontáneamente, sino determinada por otro hecho que en el caso consiste en el incumplimiento del deudor (Orgaz, Alfredo, “Acerca de las “consecuencias necesarias” en la responsabilidad contractual y en la extracontractual”, rev. Jurídica de Córdoba, nº 3, año I, pág. 464).

¹⁵⁷ Orgaz, Alfredo, “La limitación del resarcimiento en las responsabilidades contractual y extracontractual”, nota a fallo, L.L. tº 59, pág. 25.

Siguiendo a la Doctrina predominante, la Reforma, en el art. 1726 CCyC, con mayor amplitud, establece que “Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”, aclarando a renglón seguido: “Excepto disposición legal en contrario, **se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles**”.

Por su parte el art. 1727 CCyC define:

- A las **consecuencias inmediatas de un hecho** como “las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”.
- A las **consecuencias mediatas** como aquellas “que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”, y
- A las **consecuencias casuales** como aquellas “que no pueden preverse”¹⁵⁹.

Como anticipé, el Código Civil y Comercial unificó el régimen de responsabilidad civil, haciendo válidas sus disposiciones tanto para el ámbito contractual como para el extracontractual.

Empero la aseveración que acabo de hacer no es absoluta pues, aunque el Código no haya separado a las normas referentes a una y otra responsabilidad, como venimos comprobando a lo largo de este estudio, hay numerosas situaciones en las cuales se notan diferencias de tratamiento legislativo.

Acabamos de ver que el art. 1726 CCyC manda a indemnizar a “las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”¹⁶⁰. Pero ¿cómo se aplica (si es que se aplica) ese precepto a los contratos?

Veamos. El art. 1728 CCyC estatuye algo que únicamente está referido a los contratos¹⁶¹: “se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”¹⁶².

¹⁵⁸ CNCom, Sala “A”, 29/11/2013, “República de Eslovenia S.A. c. Maderas de Villa Urquiza SRL”, E.D. Digital (73824), donde se cita, en igual sentido, un precedente de la misma Sala: 02/12/2008, “Jurídica Pueyrredón SRL c. Jara, Mariano”, con nota de Carranza Torres, Luis, “Una aplicación de la *verwinkung* en el Derecho argentino”, E.D. del 20/04/2009.

¹⁵⁹ Otaola, M^a Agustina, “La responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial”, https://www.academia.edu/12389506/La_responsabilidad_por_da%C3%B1os_en_el_nuevo_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial

¹⁶⁰ Bueres aprecia que se mantiene la clasificación de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales que traía el Código de Vélez Sarsfield, pero que se suprimió la categoría de las consecuencias necesarias que había generado confusiones (Bueres, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-D, pág. 1154).

¹⁶¹ Méndez Sierra encuentra que en la norma del art. 1728 CCyC se advierte la trascendencia que la causa final adquiere en este punto (arts. 281 y 1012 CCyC) (Méndez Sierra, Eduardo C., “La regla de la previsibilidad contractual en el nuevo Código Civil y Comercial”, E.D.264-849). Lo mismo podría decirse del art. 1726 CCyC, justamente titulado “Relación causal”, que contiene una expresa referencia al “nexo adecuado de causalidad”.

Empero, como lo demuestra la reciente reforma del Código Civil francés (cuestión a la que me aboqué hace poco), la causa como elemento de las obligaciones, aunque en nuestro Código unificado del año 2014

¿Qué quiere decir el art. 1728 CCyC cuando se refiere a aquello que las partes **pudieron haber previsto**? Esta norma ¿cómo se armoniza (si es que se armoniza) con la del art. 1626 CCyC?

Hay autores que entienden que las categorías definidas por los arts. 1626 y 1727 CCyC no sirven para efectuar el juicio de previsibilidad del art. 1728 del CCyC¹⁶³; por lo menos, respecto de los contratos paritarios o negociados, en los cuales rige plenamente la autonomía privada¹⁶⁴. Para los demás, contaría la regla genérica, sin importar lo que el contrato diga al respecto¹⁶⁵.

De todos modos he aquí una labor interpretativa adicional para el juez pues, además de tener en cuenta lo que el contrato dice, deberá determinar cuáles son las consecuencias dañosas que, aunque no estuvieran explícitamente mencionadas en él, de todos modos obligan al depositario. Una vez más: problema para el juez y problema (no menor) para las partes que no sabrán a qué atenerse hasta que el togado se pronuncie.

Méndez Sierra¹⁶⁶ aporta pautas que ayudan a entender el texto:

- “La previsibilidad de las consecuencias derivadas del incumplimiento se determina al momento de la celebración del contrato, por lo cual las razones en que se debe

siga omnipresente, debiéramos pensar seriamente en eliminarla de nuestro tablero de trabajo, pues no ha servido más que para generar prescindibles discusiones doctrinarias (Rubín, Miguel E., “Qué hay detrás de la desaparición de la causa de los contratos en el nuevo Código Civil francés y hacia dónde marcha el Derecho en esta materia”, E.D. del 22/11/2016 (nº 14.087) y del 23/11/2016 (nº 14.088)).

Acertadamente se ha apuntado: “1) las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes y/o divergentes, 2) causas diferentes pueden conducir a los mismos resultados, 3) pequeñas causas pueden acarrear efectos muy grandes y viceversa, 4) algunas causas son seguidas de efectos contrarios, 5) los efectos de causas antagónicas son inciertos” (Morea, Adrián O., “La relación de causalidad en el nuevo derecho de daños”, MJD6690).

¹⁶² Seguidamente la norma dice: “Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”. Este enrevesado párrafo fue interpretado en las XIV^{as} Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 27 a 29 de octubre de 2016, como una forma de agravar la responsabilidad en caso de incumplimiento doloso.

¹⁶³ Así: Picasso, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, rev. Derecho Privado, año I, 2012, n°3, “Reformas al Código Civil II. Obligaciones y responsabilidad”, pág. 82.

¹⁶⁴ Galdós, Jorge M. y Valicenti, Ezequiel, “La reparación del daño y la previsibilidad contractual (el art 1728 CCCN)”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/La-reparaci%C3%B3n-del-da%C3%B1o-y-la-previsibilidad-contractual-por-Gald%C3%B3s.pdf>

Los autores citados excluyen de esa regla a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas; pero, como vengo sosteniendo desde hace tiempo, los contratos que son fruto de un marcado desequilibrio económico o financiero entre las partes, y que, por lo tanto, son regidos por normas de jerarquía superior a lo convenido, conforman hoy día una clase que excede a esas hipótesis.

La referida tesis se reiteró en: Galdós, Jorge M. (con la colaboración de Gustavo H Blanco), “Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial, RDPC año 2015, Número Extraordinario, “Claves del Código Civil y Comercial”, pág. 267.

¹⁶⁵ En esto también hay divergencias, por ejemplo: Frúgoli, Martín A., “Requisitos de la responsabilidad civil, suficiencia o insuficiencia, y pruebas en el nuevo Código”, MJD10317.

¹⁶⁶ Méndez Sierra, Eduardo C., op. y lug. cit.

fundar tal previsibilidad deben existir en dicho momento. Un conocimiento posterior de las circunstancias particulares presentes en el caso resulta irrelevante a los efectos de la extensión de la responsabilidad cuando no hay dolo, como podría ser el adquirido durante la ejecución del contrato, o aun al momento en que se produjo el incumplimiento”.

- Resultan aplicables los arts. 961 y 1725 CCyC, es decir, “debe juzgarse si, conforme al principio de buena fe, al celebrarse el contrato, un contratante cuidadoso y previsor pudo razonablemente prever la posibilidad de la ocurrencia de tal daño como consecuencia de su incumplimiento, conforme los hechos o las circunstancias puestas en su conocimiento o que él debía conocer por su experiencia y situación”. “El criterio de valoración de la previsibilidad es, pues, objetivo”. “Si un contratante determinado, de acuerdo a su condición personal – inexperiencia, ligereza, ignorancia, negligencia, etcétera–, no pudo prever lo que un contratante cuidadoso y previsor razonablemente sí hubiera podido prever, ello no sería excusa al momento de determinarse los alcances de su responsabilidad contractual”.

A mi modo de ver el magistrado debe ponderar el **deber de prevención del daño** que se encuentra estatuido por el art. 1710 CCyC. El depositario adoptará “de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud..”

Dejé en claro que lo de la previsibilidad contractual vale únicamente para los contratos paritarios, esto es los que son celebrados por las partes que se encuentran en igualdad de armas. Respecto de los otros, hay disposiciones especiales que limitan la libertad contractual y, por ende, extienden la responsabilidad por daños.

Por cuestiones de espacio –reitero- dejaré ese tema para otro estudio.

9.- ¿Reparación plena?

Sustentado en el art. 19 CN se encuentra profundamente enraizado en nuestro medio el deber de **reparación integral de los daños materiales y morales**¹⁶⁷, doctrina que la Jurisprudencia elaboró a través de innumerables precedentes¹⁶⁸, a punto tal que, en varios fueros de nuestro país¹⁶⁹, existen sendos plenarios virtuales¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Me ocupé de esta cuestión en: Rubín, Miguel E., “El principio de reparación integral y la actualización de los valores de condena en la Argentina de hoy”, MJJ6935.

¹⁶⁸ Entre muchos otros: CSJN, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, MJJ34650; ídem, 28/6/2005, “Ferreyra, Gregorio P. c. Mastellone Hnos. S.A.”, MJJ63100.

¹⁶⁹ Por ejemplo: CNCiv y Com Fed, Sala Iª, 19/07/2007, “Gozani, Daniel E. y otros c. Complejo Médico de la Policía Federal Churrucá Visca”, MJJ18751; ídem, Sala IIª, 16/03/2004, “Prieto, Roberto Á. c. Encotel”,

Esa tesis, que la Doctrina comparte¹⁷¹, es entendida por la Corte Suprema como herramienta de resguardo de diversos derechos constitucionales¹⁷².

Adicionalmente cabe recordar que el derecho a la reparación integral se encuentra reconocido por varios tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 CN¹⁷³. Así ocurre con el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁴, que, en consonancia con el art. 21 punto 22 de ese ordenamiento, consagra el derecho a la reparación integral del daño, y el art. 63 inc. 1 que dispone que, cuando hubiere violación de los derechos garantizados por la Convención, procede "el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"¹⁷⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho sistemática aplicación de tales normas¹⁷⁶, jurisprudencia que la Corte Suprema de la Nación ha decidido respetar sin titubeos¹⁷⁷.

El art. 1740 CCyC, siguiendo una antigua tradición, define lo que debemos entender por la reparación plena del daño: "consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso..."¹⁷⁸.

Pero ¿cómo puede ser **plena** una indemnización que se limita a restituir a la víctima a la situación en la que estaba antes de ocurrir el hecho dañoso¹⁷⁹?

MJJ2576; ídem, Sala IIIª, 24/04/2008, "Gutiérrez, Mirta S. c. Estado Nacional Ministerio del Interior Policía Federal", MJJ40547.

¹⁷⁰ CNCom, Sala "A", 30/10/2007, "Destilería Argentina de Petróleo S.A. s/Conc. Prev. s/Inc. de verificación por Rodríguez, Edgardo S.", L.L. Online AR/JUR/8390/2007; ídem, Sala "B", 26/12/2005, "Ducloux, Carlos N. c. Estacionamiento Corrientes Setecientos Setenta S.A. y otro", D.J. del 05/07/2006, pág. 757; ídem, Sala "C", 22/12/2010, "Compañía Importadora de Aceros S.A. c. BBVA Banco Francés S.A.", D.J. del 08/06/2011, pág. 68; ídem, 30/10/2009, "Presta Jorge H. c. Turismo Río de la Plata S.A.", D.J. Online AR/JUR/48317/2009; ídem, Sala "D", 26/02/2008, "Aquila, Dora R. c. Banco Itaú del Buen Ayre", D.J. 2008-II, pág. 1026; ídem, Sala "E", 03/07/2006, "Joy, Marcelo M. c. Fernández, Carlos R.", D.J. del 1/11/2006, pág. 665.

¹⁷¹ Sagüés, Néstor P., "Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación", E.D. 202-843.

¹⁷² CSJN, 12/03/2013, "Cots, Libia E. c. Estado Nacional/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros"; ídem, 06/09/2011, "Nieto, Nicolasa del V. c. La Cabaña S.A. y otros", L.L. 2011-E, pág. 214.

¹⁷³ CSJN, 07/11/2000, "Banco Credicoop Cooperativo Limitado y otros", <http://ar.vlex.com/vid/-40022494>.

¹⁷⁴ Aprobada por la Argentina a través de la ley 24658.

¹⁷⁵ Salvioli, Fabián, "Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", "Estudios básicos de derechos humanos", ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tº III, pág. 145; Rousset Siri, Andrés J., "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", rev. IDH nº 1, año 1, 2011.

¹⁷⁶ Por ejemplo, sentencia del 27/11/2008 en el caso "Ticona Estrada y otros vs. Bolivia".

¹⁷⁷ CSJN, Fallos, 315:1492; 318:514; 319:1840, entre otros.

¹⁷⁸ Esta vez los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial no ayuda mucho: "Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales".

Traslademos esa regla a una hipótesis habitual de contrato de depósito de mercaderías: una empresa que vende ciertos productos, por el motivo que sea, decide guardarlos en una barraca ajena. Por el servicio paga un precio. Si nada anormal ocurre, esa empresa, en su momento, retirará la mercadería de dicho lugar, la venderá, obtendrá una utilidad, y, de ese modo, el negocio evolucionará.

Siendo así, si tales mercaderías, mientras están depositadas, fueran hurtadas o dañadas por un incendio o una inundación ¿alcanzaría con que el depositario reembolse el costo que tuvieron para la empresa depositante? Podríamos imaginar decenas de ejemplos que demostrarían que esa no es la solución justa.

Entonces ¿dónde queda el piso y el techo de la responsabilidad del dueño de la casa de depósito? Para encontrar algunas pistas habrá que sumergirse en las normas del Código Civil y Comercial.

En un pronunciamiento judicial se le encontró el Norte a la brújula jurídica: con “..la indemnización por reparaciones se busca colocar al damnificado en la situación en que se encontraba con anterioridad a la producción del hecho dañoso, o bien (cuando ello no es materialmente posible) compensarle económicamente los perjuicios ocasionados”¹⁸⁰.

Ello explica que, en esa segunda alternativa, la indemnización deba comprender “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances” (art. 1738 CCyC)¹⁸¹.

Complementariamente el art. 1739 CCyC aclara que la indemnización debe remediar “un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente” y, por último, el art. 1740 CCyC viene a consagrar el principio de la **reparación plena del daño**¹⁸².

Que la reparación debe ser íntegra significa que, como lo ha resuelto la Corte Suprema, los montos de condena deben establecerse a valores actuales¹⁸³, pues la obligación de indemnizar “constituye una deuda de valor”¹⁸⁴.

¹⁷⁹ La Jurisprudencia, en general, hace referencia a la reparación plena y deja de lado lo demás que dice el art. 1740 CCyC. Por ejemplo: Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, 25/08/2016, “Policardo, Celina c. Cenoz Berra, Mariana s/Daños y perjuicios”, MJJ100840. En cambio, un autor cuestionó severamente a la norma: Schick, Horacio, “Un nuevo viraje regresivo en materia de reparación de daños en general, con incidencia en los infortunios laborales: la tarifación del daño en materia de lesiones en el Código Civil y Comercial unificado”, DT2014 (diciembre), pág. 3248, L.L Online: AR/DOC/3633/2014.

¹⁸⁰ CNCiv, Sala “J”, 13/09/2016, “Cervellon, Horacio A. c. Doscientos Ocho Transporte Automotor S.A. y otros”, MJJ101318.

¹⁸¹ Teitelbaum, Horacio, “Los nuevos paradigmas y desafíos de la reforma”, rev. del Notariado nº 918, junio/2015, <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/06/los-nuevos-paradigmas-y-desafios-de-la-reforma/>

¹⁸² Tanzi, Silvia Y., “Reflexiones sobre la responsabilidad profesional en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en “Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial”, año I, nº 3, agosto/2015, pág. 109.

Cuando el hecho dañoso consiste en la destrucción o desaparición de una cosa, la indemnización debe ser igual a su **valor de reposición**¹⁸⁵, es decir, lo que la cosa cuesta en el mercado el día en el que deba pagarse el resarcimiento¹⁸⁶.

Esa es la tesitura de distintos tribunales¹⁸⁷, pues se entiende que, por ese camino, se respeta lo prescripto por la Ley¹⁸⁸.

Ello de ninguna manera implica vulnerar lo dispuesto por las leyes 23928, 25561 y sus decretos reglamentarios¹⁸⁹. Como lo ha establecido la Corte Suprema¹⁹⁰, seguida por los demás tribunales¹⁹¹, tampoco significa decidir *ultra petita*; ya que, cuando el accionante reclama una suma sujeta a lo que resulte de la prueba a rendirse, los jueces pueden válidamente conceder un monto superior al nominalmente consignado en la demanda.

Es más, como también lo ha entendido el máximo Tribunal federal, la sentencia de condena es arbitraria si no manda a indemnizar a valores actuales¹⁹².

Esos principios recibieron consagración legislativa en el art. 772 CCyC¹⁹³.

¹⁸³ CSJN, 16/11/2009, "Insaurrealde, Jorge R. y otro c. Transportes Olivos S.A.C.I.", Fallos 302:679; ídem, 20/12/2011, "Molina, Alejandro A. c. Provincia de Santa Fe y otros", RCyS 2012-IV, pág. 109 con nota de Néstor S. Parisi; ídem, 10/08/2010, "Zotar Choquevilca, Eduardo c. Master, Juan E. y otros", L.L. Online AR/JUR/59868/2010.

¹⁸⁴ Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario nº 6, 05/09/2013, "Buttarelli, Matías y otro c. Ferroni, Juan C. y otros", MJJ81564.

¹⁸⁵ Entre muchos otros precedentes: CSJN, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", MJJ34650; ídem, 28/06/2005, "Ferreira Gregorio P. c. Mastellone Hnos. S.A.", MJJ63100; ídem, 06/09/2011, "Nieto, Nicolasa del V. c. La Cabaña S.A. y otros", L.L. 2011-E, pág. 214.

En Doctrina: Sagüés, Néstor P., "Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación", E.D. 202-843; Rubín, Miguel E., "El principio de reparación integral y la actualización de los valores de condena en la Argentina de hoy", MJD6935.

¹⁸⁶ CNCiv y Com Fed, Sala IIIª, 26/09/2013, "P., O. H. c. Cubana de Aviación S.A. s/Daños y perjuicios", MJJ82616; CNCiv, Sala "I", 21/10/2014, "De A., M. S. c. Autopistas del S.A. y otros s/Daños y perjuicios", MJJ89641.

¹⁸⁷ CNCom, Sala "F", 10/05/2012, "R. S.A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", L.L. 2012-D, pág. 613, con nota de Federico M. Álvarez Larrondo, RCyS 2012-X, pág. 99, con nota de Matías F. Luchinsky, L.L. 2012-F, pág. 81, con nota de Sebastián Navas, DJ del 21/02/2013, pág. 14, con nota de Demetrio A. Chamatropulos; ídem, Sala "A", 22/03/2012, "N., S. c. Barraca Asunción S.C.A.", E.D. Digital (67784); ídem, Sala "D", 02/08/2010, "Ballatore, Maricela R. c. Meridian Financiera S.A. y otros", E.D. Digital (61355).

¹⁸⁸ CNCom, Sala "D", 26/03/1996, "Algacibur, Hugo D. c. Guevara, Ricardo J. y otros", EDJ8667; CNCiv, Sala "L", 17/12/2009, "Ripoll, Francisca M. c. Viceconte, Stella M. y otros", MJJ54847.

¹⁸⁹ CNCom, Sala "B", 14/02/2011, "Altman Construcciones S.A. c. Muresco S.A.", MJJ64451; CNCiv, Sala "B", 01/11/2012, "Aguirre, Guillermo O. c. Vega, Antonio F. y otros", MJJ81789; ídem, Sala "A", 02/09/2013, "Mandirola, Oscar M. y otro c. Ñancuñil, Marta I. y otro", MJJ81689.

¹⁹⁰ CSJN, 08/05/2007, "Esinel SRL c. Teyma Abengoa S.A.", L.L. Online AR/JUR/4775/2007; ídem, 31/08/2004, "G., A. R. c. Gorbato, Viviana", Fallos: 327:3560; ídem, 17/11/1994, "Oblita Ramos, Nancy c. Copla Coop. de Prov. de Servicios para Transportistas de Consumo y Crédito Limitada", Fallos 317:1662.

¹⁹¹ CNCom, Sala "C", 23/05/2008, "Schifano, Clemente L. c. Liderar Compañía General de Seguros S.A.", E.D. Digital (45321); ídem, Sala "F", 10/05/2012, "R., S.A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", L.L. 2012-D, pág. 613.

¹⁹² CSJN, 09/11/2010, "Benítez de García, Miriam A. y otro c. Sanatorio Agote y otros", L.L. 2010-F, pág. 392.

10.- Daño emergente.

En atención a lo dicho precedentemente la indemnización por la destrucción o desaparición de las mercaderías dadas en depósito –insisto- deben calcularse a su **valor de reposición**, conforme lo dispuesto por el art. 766 CCyC¹⁹⁴, norma a su vez congruente con el art. 772 CCyC¹⁹⁵.

Los primeros precedentes jurisprudenciales posteriores a la Reforma, coincidiendo con la Doctrina¹⁹⁶, se han expresado en ese sentido¹⁹⁷.

11.- Lucro cesante y pérdida de chance.

Quien hace de la venta de determinados productos su actividad profesional no los compra e importa para guardarlos, sino, precisamente, para venderlos, generando una utilidad. Por lo tanto, si esa mercadería se destruye o pierde, dicha empresa, al quedarse sin la mercadería y sin el dinero para comprarla, ve frustrado ese objetivo.

¹⁹³ Juárez Ferrer, Martín, “Obligaciones de valor e indemnizaciones por lucro cesante”, su contribución a las Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial preparatorias de las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014, www.jndcbahiablanca2015.com.

¹⁹⁴ Colombres, Fernando M. y Arias Cáu, Esteban J., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial y su carácter disponible”, ponencia presentada ante las XXV^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil, octubre/2015.

¹⁹⁵ Tiene resuelto la Jurisprudencia que, cuando lo que hay que indemnizar es mercadería de importación, la que naturalmente se paga en moneda extranjera, la reparación debe ser establecida en esa misma divisa (CNCiv y Com Fed, Sala I^a, 12/02/2009, “La Meridional Cía. Arg. de Seguros S.A. y otro c. EDCADASSA y otros/Faltante y/o Avería de Carga Transporte Aéreo”, Causa N° 375/97, <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00016/00027188.Pdf>, donde se citan los precedentes de la misma Sala en la causa n° 644/99 del 05/04/2005, considerando 7° y en la causa 36/99 del 27/10/2005).

Lo mismo se ha resuelto en otros fueros: CNCom, Sala “B”, 11/09/2008, “Medina, Rubén D. c. Metlife Seguros de Vida S.A.”, Lexis Documento N° 1/70049296-1; ídem, 16/06/2009, “F. S. T. S.A. c. BNP Paribas Sucursal Buenos Aires”, Lexis Documento N° 1/70053556-3; ídem, Sala “A”, 06/03/2008, “Klabin S.A. c. Barfield S.A.”, Lexis Documento N° 35022438.

¹⁹⁶ Azar, Aldo M., “Obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera. Interpretación del régimen conforme a las pautas del Código Civil y Comercial”, rev. Código Civil y Comercial n° 1, julio/2015, pág. 135; Calvo Costa, Carlos A., “Obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil y Comercial”, rev. Diario Civil n° 52, 09/11/2015, https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/11/DOCTRINA_civil_09-11.pdf; Dagnino, Alejandro, “Obligaciones dinerarias en el nuevo Código Civil y Comercial”, MJD7374; Marino, Abel E., “Las obligaciones en moneda extranjera vuelven a ser obligaciones de dar cantidades de cosas en el nuevo Código Civil”, L.L. del 17/09/2015, Online: AR/DOC/3191/2015; Paolantonio, Martín E., “Las obligaciones en moneda extranjera en el proyecto de Código Civil”, rev. Lecciones y Ensayos n° 90, año 2012, pág. 197; Pizarro, Ramón D., en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, Rivera, Julio C. (director), Medina, Graciela (coordinadora), ed. Abeledo-Perrot, pág. 539; Trigo Represas, Félix A., “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, RCyS2012-XI, pág. 5.

¹⁹⁷ CNCiv, Sala “F”, 25/08/2015, “F., M. R. c. A., C. A. y otros”, y “L., T. y otros c. F., M. R.”, con comentario de Glinka, Fernando, Riera, Juan M., Galeano, Vivian, Scipione, Tomás F., Romero, Esteban J. I. y Crespi, Noelia, “El nuevo Código Civil y Comercial y su aplicación temporal. Un breve paneo jurisprudencial”, MJD7423.

De manera que no alcanza con que el depositario se haga cargo del valor actual de reposición de las mercaderías, puesto que, como bien ha dicho la Jurisprudencia, “tratándose de mercaderías que integran el giro normal del negocio y máxime si ellas constituyen efectos importados que se adquieren con fines de lucro, la sola indisponibilidad del capital representado por ellas significa un daño” que debe repararse¹⁹⁸.

Eso que se ha dejado de ganar, ahora, con el nuevo Código único (art. 1738 CCyC), según el grado de certidumbre de producción del daño, se indemniza a título de **lucro cesante** o de **pérdida de chance**¹⁹⁹.

Debe tenerse en cuenta que, como lo ha determinado la Corte Suprema, “Si bien el lucro cesante no se presume, siendo a cargo del interesado la acreditación de su existencia fundada en pautas objetivas, no se requiere para ello la absoluta certeza de que el lucro esperado no se hubiera obtenido, bastando a los fines de su resarcimiento “una probabilidad suficiente de beneficio económico”²⁰⁰.

Por eso la pérdida de la ganancia esperada se puede cuantificar a través de una pericia contable²⁰¹, la que debe determinar el precio de venta al público de tales bienes, importe al que se le deducirá el costo²⁰².

¹⁹⁸ CNCom, Sala “D”, 05/06/2013, “Brother Int. Corp. de Argentina SRL c. Aerocargas Argentinas S.A. y otro”, MJJ81065, donde se citan, en la misma dirección, los siguientes precedentes de la CNCiv y Com Fed: Sala IIª, 22/06/1979, “Deutz Argentina S.A. c. ELMA”, L.L. 1979-D, pág. 5; ídem, 06/05/1986, “Leyes Import SRL c. Buque Santa Mercedes”; ídem, 22/06/1993, “Sion Emsani e Hijos S.A. c. Fletamar S.A.”.

¹⁹⁹ López Delgado, Floreal, “El nuevo Código Civil y Comercial (4ª parte). El daño resarcible y quiénes pueden reclamarlo”, MJJ7441.

Se ha sostenido que la **pérdida de chance** apunta a la frustración de la posibilidad de obtener ventajas, mientras que el **lucro cesante** tiene en mira el fracaso de ellas (Márquez, José F., “Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial”, rev. de Responsabilidad Civil y Seguros año 17, nº 1, año 2015, pág. 5; Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, ed. La Ley, tº I, pág. 459; CNCom, Sala “A”, 01/04/2014, “Murex Argentina S.A. c. Abbott Laboratories y otro”, “International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina S.A. y otros”, elDial.com-AA8772; ídem, Sala “E”, 27/12/2011 “SRV & Asociados SRL y otros c. Vartolo, Sergio R.”, elDial.com-AA74E5).

Sin embargo, hay divergencias no solo en cuanto a la caracterización de ambas figuras, sino también, en punto a los requisitos de procedencia de una y otra (Bustamante Alsina, Jorge, “La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso”, L.L. 1993-D, pág. 207).

Algunos autores piensan que el **lucro cesante** corresponde a un daño cierto, aunque futuro, mientras que la **pérdida de chance** apunta a “aquel daño cuya característica es ser más que una posibilidad pero menos que una certeza” (López Herrera, Edgardo citado por Moisset de Espanés, Luis, Tinti, Guillermo y Calderón, Maximiliano, “Daño emergente y lucro cesante”, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano...y-lucro-cesante/at.../file).

Sin embargo, como sostuve anteriormente (Rubín, Miguel E., “La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering”, E.D. del 11/03/2006 y 14/03/2006) también el **lucro cesante** puede estar referido a hechos futuros y, por lo tanto, en esas situaciones, tales hechos también son aleatorios.

²⁰⁰ CSJN, 02/11/1995, “Sandler, Héctor R. c. Estado Nacional”, L.L. 1996-C, pág. 747.

²⁰¹ CNCiv y Com Fed, Sala 2ª, 19/11/2010, “Dinatécnica S.A. c. EDENOR S.A. s/Daños y perjuicios”, <http://www.revistarap.com.ar>, donde se cita, entre otros a Fassi, Santiago C. y Yáñez, Cesar D., “Código

Procesal Civil y Comercial", ed. Astrea, tº 1, pág. 827; Fenocchietto, Carlos y Arazi, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Astrea, tº 1, pág. 657.

²⁰² CNCom, Sala "D", 05/06/2013, "Brother Int. Corp. de Argentina SRL c. Aerocargas Argentinas S.A. y otro", MJJ81065.