

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL COLECTIVA POR DAÑO CAUSADO POR UN MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO

*Dr. Carlos Rubens Bordoli Etchamendi**

*A mi Maestro, Jorge Gamarra, quien ha sido, es y será por siempre,
luz y fuente de sabiduría e inspiración para todos los que hemos elegido
ser cultores del inextricable Derecho Civil.*

I. LA DESINDIVIDUALIZACIÓN Y SOCIALIZACIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS.¹ Y EL PRINCIPIO GENERAL DEL NUEVO DERECHO DE DAÑOS FAVOR VICTIMAE O PRO DAMNATO.

1. Enseña VINEY² examinando el Código Civil Francés, que dicha normativa presenta una inspiración común, que puede resumirse en tres palabras: universalismo, individualismo, moralismo.

Respecto al universalismo, dice: teniendo en cuenta el contexto existente en la codificación de 1804, en especial: *“El mosaico de costumbres que regía en la antigua Francia, ciertos hombres del nuevo régimen, en particular NAPOLEON, quisieron sustituirlo por un derecho unificado inspirados en los principios revolucionarios. Y como, en cuanto partidarios convencidos de la escuela del derecho natural, creían en la existencia de reglas jurídicas válidas para todos los países y todas las épocas, buscaron extraer...esos principios fundamentales que DOMAT incluía entre las “leyes inmutables y naturales que son esenciales al orden de la sociedad..”* Señala la autora, que allí se encuentra *..“el origen de la admisión del principio general de responsabilidad civil que había propuesto precisamente DOMAT y que enuncia el artículo 1382 “Afirmando que los redactores de este texto tuvieron..” el sentimiento de formular una regla de alcance universal y eterno lo que se desprende de los trabajos preparatorios”..*

Respecto al individualismo, VINEY³, dice: *“Un segundo rasgo característico del sistema del Código Civil reside en haber tomado partido por el individualismo. En efecto en ese Có-*

* Profesor Adjunto de Derecho Privado II y III, de la Facultad de Derecho de la UDELAR.

¹ El título lo utiliza Luis Díez Picazo en *Derecho de Daños*, Civitas, año 2000, la primera edición es del año 1999.

² Viney, Geneviève,, *Tratado de Derecho Civil.*, Introducción a la responsabilidad, traducción de Montoya Mateus, Fernando, Ed. Universidad Externado de Colombia. p. 38-39.

³ Ob. Cit. p.40.

digo no se encuentra ninguna alusión a los casos de responsabilidad colectiva que se habían mantenido en el antiguo derecho francés... ”. Ello se explica, por cuanto al dictarse el Código la actividad económica era principalmente artesanal y generalmente las relaciones de derecho privado vinculaban a individuos “ en caso de daños se trataba entonces de un litigio entre individuos que era necesario resolver ”.

Respecto al último rasgo, “ el moralismo ”, la autora refiere a los discursos de “ *los oradores que presentaron los textos del futuro Código Civil, en particular el título IV del libro III, a las Asambleas que debían votarlos, se pueden resaltar alusiones muy frecuentes a la moral* ” Esa vinculación entre moral y responsabilidad, es lo que provocó que la noción de culpa estuviera en el centro de la responsabilidad civil, acuñándose luego aquella famosa y falsa frase “ No hay responsabilidad civil sin culpa ”. Dice VINEY, “ *Y TARRIBLE es todavía más nítido: “ El daño.- se precisa en su discurso, para que sea objeto de reparación.- debe ser efecto de una culpa o de una imprudencia atribuible a alguien ...*

La propia VINEY⁴, señala que si se examina el derecho de daño desde el punto de mira del ofensor,⁵ resulta plausible que no se obligue a reparar daños a quien no ha incurrido en culpa, pero si nos situamos en el otro extremo esto es: desde el punto de vista de la víctima, entonces, ésta, pasa a primer plano, extremo que justifica que en supuestos en que se condena de manera grupal a todos los que integran o intervienen en el grupo del cual un miembro indeterminado causó el daño, se prescinda del elemento culpabilidad, si lo que se pretende es que quien sufrió el daño obtenga su correspondiente indemnización.⁶

2. Ello está vinculado a un cambio de óptica, que describe LLAMAS POMBO⁷: “ *El tremendo desplazamiento que se ha producido en el Derecho de daños de las últimas décadas, que ya no gira en torno al dañador, sino alrededor de la víctima, avala antes la prevención que la reparación... agregando: ... ” en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el “ primer actor ” ya no es (como en el art. 1902⁸ del Código Civil) “ el que causa daño a otro ”... sino precisamente (el primer actor) es ese “ otro ” que es víctima de un daño extracontractual o contractual de manera que importa poco por quien o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora, la víctima ... y sugiere que podría formularse el precepto de la siguiente forma :” todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado. o algo parecido.” Continúa el profesor en cita: “ *En suma, cabe hablar de un (relativamente nuevo) principio general de nuestro derecho , formulado como el favor victimae o principio pro damnato.**

3. Y el profesor DíEZ-PICAZO⁹ bajo el título “ Desindividualización y socialización en el derecho de daños ”, expresa: “ *Finalmente, se llegará a la inevitable conclusión de que el fenómeno de la totalidad de los daños , de los costos de esos daños y de la forma de hacer frente a tales costos, no es, porque no puede serlo, un asunto estrictamente individual, sino un asunto que atañe a la comunidad entera ”.*

⁴ Viney, Geneviève, “ Le déclin de la responsabilité individuelle, Bibliothèque de Droit Privé, 1965. p. 367 y siguientes.

⁵ Fenómeno ya señalado, por el Maestro Jorge Gamarra en el año 1981 en su Tratado.. t. XIX, p. ps. 49 y ss.

⁶ Ver Viney, Geneviève, y Jourdain, Patrice, *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, P. 204 No. 374.

⁷ Llamas Pombo, Eugenio, *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*, publicado en “ La Responsabilidad Civil y su problemática Actual, VVAA, coordinación de Juan Moreno Martínez, Dykinson , 2007. P. 447.

⁸ Norma equivalente al art. 1319 del nuestro Cod. Civil.

⁹ Díez-Picazo, ob. cit. p. 159 y stes.

Y en apartado II, bajo el título: “ **Los daños y las actividades colectivas**”¹⁰, dice: “ *Hay supuestos de daños causados por grupos determinados de personas, en que se puede establecer que la acción dañosa se produce por alguno de los miembros del grupo.....aunque resulte imposible la identificación del culpable o responsable.* “Agregando,¹¹ “ *Cuando se produce un evento dañoso y se puede establecer que ha sido causado por algunas de las personas pertenecientes a un determinado grupo y, además, que cualquiera de ellas, dado su comportamiento, lo hubiera podido causar, surge el problema de determinar si existen vías para establecer responsabilidad de los miembros del grupo o si la imposibilidad de la identificación del causante puede hacer fracasar cualquier acción que por esta vía se intente*” Apoyado en determinadas disposiciones nuevas existentes en el derecho español¹², concluye: “*Todos estos datos podrían permitir obtener hoy una regla en virtud de la cual cuando un daño haya sido causado o haya sido originado en las actividades de un grupo o conjunto de personas, la responsabilidad por los daños compete a todos solidariamente, a menos que cada uno de ellos se exonere probando la inexistencia de un vínculo de causalidad o de una imputación objetiva en relación con él*”.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA EXAMINADO EN EL PRESENTE TRABAJO.

Indicaré supuestos excluidos de estas reflexiones. 1. Quedan excluidos, los supuestos previstos por a) el art. 1330 y¹³ b) supuestos del art. 1331 del Código Civil,¹⁴

2. A fin de delimitar el tema se presentan algunos ejemplos:

La hipótesis en examen las configuran supuestos de daños causado por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas éste sí plenamente identificado, integrado por dos o más personas, que se han reunido en forma espontánea o concertada¹⁵ pero no para causar el daño, quienes despliegan determinada actividad y en esas circunstancias causan un daño a terceros o a uno de los propios integrantes del grupo, reunidas por los intereses más diversos (de esparcimiento, de trabajo, de deporte, de ensayo de una banda musical, reivindicación social, o espontáneamente sin previo concierto, incluso se menciona casos de diferentes instalaciones fabriles lanzan humos de manera que resulta imposible reconocer el causante de las enfermedades respiratorias sufrida por una parte de la población¹⁶, varios industriales derivan agua sobrante a un río, destruyendo la pesca¹⁷) siendo imposible individualizar cual de los sujetos integrantes del grupo fue el causante del daño.

Uno de los integrantes del grupo, causó el daño, pero es imposible individualizarlo. Existe/en uno o más integrante/es del grupo que no causaron el daño pero que resultarán obligados a reparar dicho daño, si se acepta, la responsabilidad de todo el grupo. MURTULA¹⁸ ejemplifica: “**Resulta un hecho incuestionable que en nuestro días una gran parte de eventos dañosos no son**

¹⁰ Ob. Cit. P. 160.

¹¹ Ob. Cit. P. 163-164.

¹² Art. 33.5 de la Ley de Caza, 27.2 Ley Defensa de los Consumidores, art. Art. 7.

¹³ Para este supuesto de responsabilidad colectiva ver Peirano Facio, Jorge, Responsabilidad Extracontractual, Temis, 1979, p. 646 Ns. 331 y 332 y Gamarra, Tratado de Derecho ... XXI, 3ra. Ed. Año 2002, fcu, p. 366 y ss.

¹⁴ Para el estudio de esta norma nos remitimos al Maestro Jorge Gamarra, Tratado... t, XIX, No. 14, p. 137 y ss.

¹⁵ Ver Larenz, Karl, Dcho. de Obligaciones, t, II, versión española de Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Dcho Privado. p. 625. examinando el parágrafo 830 del BGB, inc. 2º.

¹⁶ Este último Ej. es de Diez-Picazo, ob. cit. p. 160.

¹⁷ Ej. de Goldenberg, Isidoro H. La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, 1984, No. 36 p. 150.

¹⁸ Murtula, Virginia, Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. publicada en Internet INdRET, Revista para el análisis del derecho, p. 3.

imputables a un individuo aislado, sino que se producen dentro de un contexto donde se encuentran un grupo de personas unidas por los intereses más diversos (de esparcimiento, trabajo, reivindicación social etc.).., Son tristemente frecuentes en este sentido noticias en los medios de comunicación sobre daños causados en estadios de fútbol a espectadores por proyectiles...por personas no identificadas del público o por pelea entre hinchadas, daños causados en agresiones callejeras, así como lesiones ocasionadas por la acción simultánea de varios chicos o por el acoso escolar o bullying que sufre algún alumno por parte de sus compañeros de colegio”

La Jurisprudencia y doctrina que aborda el tema se plantea la disyuntiva entre:

a) Negar el derecho al damnificado a ser reparado del daño, en virtud de que no se ha podido individualizar al responsable, postura que se adoptó hasta mediados del siglo XX.¹⁹

b) Obligar a todos los integrantes del grupo a indemnizar el daño causado.

Hay que dilucidar: si no existiendo previsión expresa en nuestro derecho, surge o no obligación de todo el grupo de reparar el daño y resolver si es posible hacer pie en alguna norma de nuestro Código Civil, para admitir tal responsabilidad. Y si la respuesta es afirmativa, se presentan varios problemas: 1.-los integrantes deben responder solidariamente o de forma dividida o sea obligación simplemente mancomunadas. 2.-La responsabilidad, ¿Es subjetiva u objetiva? 3.-Si es objetiva, ¿cual es el criterio de imputación? 4.- ¿Existe presunción de nexo causal. 5.- Establecer los requisitos para que surja al obligación indemnizatoria.

III. ANTECEDENTES.

1.Nuestro Código Civil, no contiene previsión sobre el tema en examen,- a diferencia del Cod. Civil alemán²⁰, Parag. 830.-La única norma de responsabilidad colectiva extracontractual, que contempla un supuesto similar a las hipótesis en estudio, es la previsión contenida en el art. 1330 del Cód. Civil.²¹

Nuestro Código apartándose del francés, toma como fuente el art. 2328 del Código Civil chileno, previó como un caso específico el daño causado por una cosa que cae o se arroja desde lo alto de un edificio, lo que suministra una base para resolver el problema. La responsabilidad por tal hecho, tiene su origen en el derecho romano²². y en especial la *actio effusis vel dictis*. y en la legislación de Partidas, Leyes 25 y 26²³.

2. El máximo civilista compatriota, el Profesor Gamarra, aunque de forma incidental, dio su opinión sobre el punto, En el t, XIX, se su Tratado²⁴ estudiando el supuesto del art. 1330 del Cod.

¹⁹ Cfme. Mazeaud, H. y L. y Tunc A. Tratado, Teórico y Práctico, de la Responsabilidad Civil, delictual y contractual, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, t, 2 v. II, No. 1950.

²⁰ En la segunda parte : “ *Lo mismo rige si no resulta posible determinar cual de todos los partícipes ha causado el daño*” – También el Cod. Civil holandés contiene previsión.

²¹ Como ya lo indicó el Maestro Gamarra, Jorge.

²² Ver Peirano Facio, Jorge, ob. cit. No. 331.

²³ Echan los omes a las vedagas de las casas donde moran, de fuera en la calle agua , o huessos o otras cosa semejantespero si acaesciese, que aquello que assi echasen fiziesse daño o en paños, o en ropa de otros , ...etc. Ver asimismo Peirano, ob. cit. No. 108.

²⁴ Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t, XIX, año 1981 p. 311-312.

Civil, expresa: “Un problema típico de la relación causal emerge cuando el daño es causado por un sujeto no identificado de que forma parte de un grupo de personas, éste sí plenamente individualizado. P.Ej. la víctima es alcanzada por un disparo cuando dos cazadores hacen fuego simultáneamente con proyectiles de la misma características, por lo que cual no puede determinarse quien fue el autor del tiro que la hirió. La solución absolutoria, que es acogida por Forcielli, levantó resistencia ...” Las cortes canadienses y americanas propician, para este caso, un desplazamiento de la carga de la prueba, en base al cual serán los sujetos integrantes del grupo los encargados de probar que no fueron los autores culpables del hecho. Y luego estampa una afirmación, que nos interesa remarcar especialmente porque consigna la autorizada opinión del Maestro sobre el punto: “Es justamente esta última solución que encontramos consagrada por el art. 1330 del Código... para el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior del edificio, por lo cual el criterio, que ya forma parte del derecho positivo uruguayo, podría regular (con carácter general) todas las hipótesis ajustadas al esquema considerado”.

Luego en el t, XXI, dice²⁵: “Se tiene así *un responsable no individualizado* que forma parte de un grupo determinado. El responsable es uno de los integrantes del grupo, aunque la víctima no está en condiciones de identificarlo concretamente. El problema es estudiado modernamente dentro de la llamada responsabilidad colectiva, y a tal punto está vinculado con la misma que la solución del art. 1330 fue propuesta en el Vol 1º. de esta parte para regular los casos de responsabilidad colectiva cuyos ejemplos más frecuentes se encuentran en los accidentes de caza (dos cazadores disparan, pero se ignora de qué fusil proviene la bala que hirió a la víctima) y en los juegos colectivos o acciones en grupo, sobre todo por parte de menores. “La doctrina de la responsabilidad colectiva (de todos los integrantes del grupo) permite superar la situación de injusticia en que desemboca la cuestión si se encara tal como acaba de verse puesto que existe un responsable. A partir de la década del 50 la jurisprudencia francesa abandona los enfoques tradicionales... y en su lugar consagró una responsabilidad de todos los miembros del grupo; en el tomo XIX, se mencionó un temperamento similar adoptado en Gran Bretaña y EE.UU., que desplaza la carga de la prueba sobre los demandados. Dentro de estas coordenadas se inserta la solución del art. 1330. También aquí la ley consagra una responsabilidad colectiva porque el daño causado... es imputable a todos los que habitan la misma parte del edificio”. Esto significa que el perjuicio se atribuye y pone a cargo de un conjunto de individuos, el cual (en tanto que reunión de personas) está perfectamente identificado; la responsabilidad deja de ser individual; responden todos... En cambio en el art. 1330 el actor no está obligado a designar a un sujeto determinado como guardián; le basta comprobar que el daño fue causado por una cosa que cayó o se arrojó de la parte superior de un edificio y que los demandados habitaban ese lugar. Con ello queda acreditada la responsabilidad de éstos.

3. Acorde con ello es posible resolver la situación aplicando el “**criterio, que ya forma parte del derecho positivo uruguayo**”, siguiendo lo enseñado por el Maestro. En Francia cuyo Código Civil tampoco prevé la situación en examen y ni siquiera el supuesto de nuestro art. 1330, VINEY y JOURDAIN²⁶, admiten la responsabilidad del grupo cuando es causada por un miembro indeterminado del mismo y sostiene que el fundamento se encuentra, en una presunción de causalidad. También la jurisprudencia francesa ha condenado en supuestos como los que estamos examinando: informa MÚRTULA²⁷, respecto a una Sentencia del Tribunal de Casación francés

²⁵ Tratado.. t, XXI, 3ra- Ed.. p. 366

²⁶ Ob. Cit. p. 212-213

²⁷Múrtula Lafuente, Virginia, La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Dykinson. S.L. 2005. p. 35.

de 5 de junio de 1957: el caso refiere a un grupo de cazadores, que al final de la partida siete cazadores para cerrarla, lo hacen con una salva de disparos, hiriendo a un octavo cazador que ya se iba del lugar. En este caso los siete cazadores fueron solidariamente condenados a pagar el daño causado²⁸, en la Sentencia se utiliza la noción de “culpa colectiva” o “común”, como fundamento de la responsabilidad colectiva.

En derecho positivo uruguayo, sustentamos que debe admitirse la responsabilidad del grupo, pero con soluciones diversas a las seguidas tanto por jurisprudencia francesa y española. En nuestro derecho surge la obligación indemnizatoria a cargo del grupo, el criterio de imputación es objetivo, estamos por ende ante responsabilidad objetiva, pero no puede sostenerse la existencia de solidaridad entre los integrantes del grupo.

Partiendo de las enseñanzas de Gamarra, se impone examinar, en base a qué criterio o razonamiento, se aplica lo dispuesto por el art. 1330 del Código Civil, a situaciones que no coinciden con la previsión contenida en dicha norma. La solución se encuentra: A) Apoyado en el art. 1330, del Cod. Civil, que disciplina **un caso especial de responsabilidad colectiva**. Se constata que a nivel del Código Civil²⁹: si la guarda es individual, el derecho común, lo hallamos en el art. 1324 y el art. 1330 prevé un caso de responsabilidad colectiva por hecho de las cosas (cosa que cae o se arroja de la parte superior...) estableciendo una presunción de existencia de pluralidad de guardianes, que por ello excluye la aplicación del art. 1324, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva, plasmando el siguiente principio general: Si en la hipótesis que prevé la norma no es posible individualizar a quien es imputable el hecho la ley presume la pluralidad de guardianes, reconduciendo a una situación de responsabilidad colectiva, de naturaleza objetiva y la obligación indemnizatoria se divide por partes iguales.

B) Sentado ello, recurrimos a la autointegración del sistema civil, esto es, a la aplicación analógica del art. 1330³⁰ del Cod. Civil, y de esa forma extraeremos una regla general que colme el silencio del Código respecto al punto en examen.

IV. LA INTEGRACIÓN ANALÓGICA.

Enseña BETTI, ³¹... *“la función de la analogía es la de la autointegración del orden jurídico en relación con la eliminación de las inevitables lagunas que presenta la disciplina legislativa o consuetudinaria.”* Agregando: *“...la interpretación por analogía en ordenamientos como los modernos no necesita, para ser legítima, venir expresamente autorizada...- sino que es legítima siempre que no esté prohibida, o que sea incompatible con la naturaleza excepcional de la norma de que se trata”*.³²

LARENZ³³ enseña *“Si se trata de una laguna legal manifiesta, la integración sucede, las más de las veces por vía de la analogía...Entendemos por analogía el traslado de una regla,*

²⁸ Ver más ampliamente Múrtula p. 35 y

²⁹ Agradezco al Prof. Jorge Rodríguez Russo, con quien he intercambiado ideas sobre el art. 1330, en fructíferos diálogos que me permitieron examinar la cuestión desde distintos ángulos. Sin que ello suponga atribuir a dicho profesor que comparta lo sustentado en el texto..

³⁰ El Maestro Gamarra aplicó el art. 1330 a los casos en examen.

³¹ Betti, Emilio, Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, 1975, p. 156. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción de José Luis de los Mozos.

³² Se operará con la analogía legis y no iuris, ésta apela a los principios generales del Derecho.

³³ Larenz, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, p. 374. Ed. Ariel Derecho. 1994. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero.

dada en la ley para el supuesto de hecho (A), o para varios supuestos de hecho similares, a otro supuesto de hecho (B), no regulado en la ley, “similar” a aquel”. El traslado se basa en que, debido a su similitud, ambos supuestos de hecho han de ser valorados igualmente en los aspectos decisivos para la valoración legal, es decir, que se base en la exigencia de la justicia de tratar igualmente lo igual.”

Adiciona: *“El que dos hechos sean “similares” entre sí, quiere decir que concuerdan en algunos aspectos, pero no en otros. Si concordarán absolutamente en todos los aspectos que han de entrar en consideración, entonces serían “iguales”. Por tanto, los supuestos de hecho no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí; pero tienen que concordar precisamente en los aspectos decisivos para la valoración jurídica”.*

Y COVIELLO³⁴ enseña: *“El medio principal para llegar a la fuerza orgánica y latente del derecho y disciplinar así los casos no expresamente contemplados, es el procedimiento por analogía, que consiste en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada con la otra que sí lo ha sido”* Señalando de inmediato:³⁵ *“Los presupuestos son éstos: 1º. Ante todo es necesario que se trate de un caso en que el legislador no ha previsto nunca: si hubiese sido previsto, aunque no aparezca claramente comprendido en la letra de la ley, tiene lugar la interpretación extensiva; 2º. La relación no contemplada, aunque diversa de las previstas, debe tener semejanza con alguna de ellas, debe tener un elemento de identidad; 3º. Tal elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer una determinada norma concerniente a la relación prevista con la que se quiere parangonar la no considerada”*

DÍEZ-PICAZO³⁶ enseña: *“Para integrar las lagunas, tradicionalmente se recurre al llamado método analógico. La analogía consiste, -se dice- en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de una manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza”* Agrega: *“Las características generales... del procedimiento son... ninguna norma contempla de una manera directa el caso dado; la norma que aplicamos, contempla un supuesto distinto del caso, hay sin embargo, semejanza o similitud entre el caso y el supuesto de hecho normativo”.*

Refiriéndose concretamente a la aplicación analógica de normas de responsabilidad objetiva, JORDANO FRAGA,³⁷ expresa: *“...” coexistiendo en nuestro ordenamiento, tanto para la responsabilidad contractual, como para la extracontractual y, en cada una de ellas, tanto para el daño directo como el indirecto, criterios de imputación de una y otra naturaleza, en función de las necesidades que se pretende cubrir o los intereses que se pretende satisfacer, no puede decirse que la imputación objetiva tenga siempre o necesariamente carácter excepcional: nada impide, en particular, al intérprete, allí donde se encuentre ante supuestos semejantes a los ya contemplados de responsabilidad objetiva, y ante necesidades parecidas a las que subyacen en las normas que los consagran, extender analógicamente formas de responsabilidad objetiva (directa o indirecta, contractual o extracontractual) a esos casos análogos no explícitamente contemplados...”* agregando: *“La responsabilidad objetiva debe*

³⁴ Coviello, Nicolas, Doctrina General del Derecho Civil, Traducción. de Felipe. de J. Tena, México 1938, p. 91.

³⁵ Ob. Cit. P. 92.

³⁶ Díez, Picazo, Luis, Experiencias Jurídicas y teoría del derecho, Ariel 3ª. Ed. p.279.

³⁷ Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Civitas, p.29

aplicarse a todos aquellos casos – resulten así o no directamente contemplados por la ley- en que están presentes las necesidades y los factores de cualificación que nuestro Derecho considera suficientes para establecerla...” También admite la aplicación analógica de las normas de responsabilidad objetiva CAVANILLAS MUGICA.³⁸

Tales argumentos son totalmente trasladables a nuestro derecho.

A través de la aplicación analógica, del art. 1330 del Código Civil, a los supuestos en examen, se extrae una regla general, que integra o suple, la laguna de nuestro Código, respecto a los casos en examen. Corresponde constatar si se cumplen los requisitos exigidos por el procedimiento analógico: a) El caso en examen **no se encuentra contemplado expresamente por el Código Civil uruguayo.**

b) Las situaciones no contempladas, aunque diversas a la contemplada en el art. 1330, tiene una incuestionable semejanza, **un elemento de identidad**, ambos son casos en que **el daño es causado por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas, éste sí plenamente individualizado.** Aquí aparece el elemento *semejanza o similitud.*

c) Ese elemento **de identidad**, que según ha señalado la doctrina, refiere a la **ratio legis o sea la razón o fin que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma**, coincide en el caso previsto en el art. 1330 y en los no previstos objeto de este estudio. Es brindar una solución a un supuesto **de daños causados por un integrante no individualizado de un grupo de personas individualizadas y la finalidad de la norma “es acudir en auxilio de la víctima para aliviar su situación en el campo probatorio. Esta es la ratio legis del art. 1330”**, como lo ha dicho Gamarra.³⁹

Pensamos que claramente se configuran los requisitos para integrar analógicamente el sistema civil del Código, respecto a los casos en estudio.

V. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN EXAMEN.

A través de la aplicación analógica, del art. 1330 del Código Civil, a los supuestos en examen, se extrajo una regla general, que integra o suple, la laguna del Código Civil, respecto a los casos en examen, estamos en condiciones de señalar el régimen de tal responsabilidad.

1. Se trata de un supuesto de responsabilidad colectiva.

2. Se invierte la carga de la prueba, con respecto a quien concretamente fue el causante del daño, quienes deben probar, si pretenden exonerarse de responsabilidad, son los miembros integrantes del grupo (responsables-demandados). Pero no se invierte en cuanto a que el damnificado debe acreditar el nexo causal entre el hecho del grupo y el resultado dañoso⁴⁰. Resultan exonerados de responsabilidad si acreditan quien fue el causante del daño, esto es individua-

³⁸ Cavanillas Mugica, Santiago, La Transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia, Ed. Aranzadi, 1987. p. 148 y ss.

³⁹ Tratado.. t, XXI, p. 368.

⁴⁰ Cfme. Múrtula, , “La Responsabilidad, p. 93 Barria Días, Rodrigo, El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, Salamanca, año 2008, p. 242, quien exige acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la actividad del colectivo del que el autor anónimo forma parte.

lizan a uno de ellos.⁴¹ Individualizado el causante del daño, resultan irresponsables los demás integrantes del grupo y la responsabilidad deja de ser colectiva y objetiva y el responsable individualizado responde por responsabilidad subjetiva y si se tratare de una hipótesis de daño por medio de las cosas la situación se debe regir por el régimen general de responsabilidad por hechos de las cosas, esto es con culpa presumida (ult. inc. art. 1324) Basta que acrediten quien fue el causante del daño, no es necesario acreditar su culpa.

3. Se trata de responsabilidad objetiva y el criterio de imputación es el riesgo peligro, riesgo creado, o riesgo beneficio, según la situación fáctica de que se trate.

4. Si bien responden todos, en nuestro derecho, no son solidariamente responsables, ya que la norma de la cual se extrajo la regla general, art. 1330, establece que la obligación indemnizatoria se divide. En el derecho comparado, tanto en los sistemas en que existe previsión como en los que no existe, como en Francia y España, se entiende que la responsabilidad de todos los integrantes del grupo es solidaria. Así el Tribunal de Casación francés Sentencia del 5 de junio de 1957: siete cazadores fueron solidariamente condenados a pagar el daño causado.⁴² El art. 1330 impide que todos los integrantes del grupo sean responsables solidariamente. Por otra parte en nuestro derecho civil, la regla general en cuanto a las obligaciones con pluralidad de sujetos, es que sean simplemente conjuntas y no solidarias.⁴³

5. La norma, da una solución diversa de lo previsto por el art. 1331 inc. 2º que establece que en caso de cuasi delito, hipótesis en la que creemos queda comprendido no solamente los casos en que el criterio de imputación es la culpa, sino también los casos de responsabilidad objetiva, los coautores responden proporcionalmente a su intervención, en tanto que en el caso en examen y acorde con lo que establece el art. 1330 y los principios generales, art. 1379 del Cod. Civil, cada uno responde por partes iguales.

6. Queda por resolver si existe presunción del nexo causal. En Francia, VINEY y JOURDAIN⁴⁴, admiten la responsabilidad del grupo cuando es causada por un miembro del mismo indeterminado y el fundamento lo encuentran, en una presunción de causalidad.

El Prof. Gamarra⁴⁵ refiriéndose al caso previsto por el art. 1330, interpreta la presunción (que innegablemente consagra el art. 1330) como presunción de guarda”.

No es posible admitir una presunción de nexo causal entre la actividad del colectivo del que el autor anónimo forma parte y el daño sufrido por la víctima. Estimamos que (haciendo la adecuación pertinente) para el o los supuestos que estudiamos, constituye una presunción de autoría de todos los integrantes del grupo. Cualquiera de ellos puede individualizar el integrante o integrantes del grupo que causó el daño o acreditar que el daño obedece a caso fortuito, hecho del tercero o de la víctima⁴⁶.

⁴¹ Ver Gamarra, J. t, XXI, p. 369, al estudiar régimen art. 1330.

⁴² RTDC, 1957 p. 695, con nota de H. y L. Mazeaud, citada por Múrtula Lafuente, P. 35, nota pie 43.

⁴³ Cfme. Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel, Derecho Civil, t, II, No. 203 p. 135, aunque examinan el derecho chileno, lo que consignan es aplicable al nuestro.

⁴⁴ Ob. Cit. p. 212-213

⁴⁵ Tratado.. t, XXI, 3ra ed. P. 368-369 refiriéndose al caso previsto por el art. 1330 prefiere hablar de presunción de guarda y no de causalidad, si mal no interpreto su pensamiento.

⁴⁶ Discrepamos con Peirano, ob. cit. p. 647 y Sentencia de Berlangieri, No. 142/87, ADCU, t, XVIII, c 1166.

VI. REQUISITOS O ELEMENTOS QUE DEBEN CONCURRIR EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA.

Los requisitos o elementos deben concurrir todos simultáneamente, para que se configure un supuesto de responsabilidad colectiva del grupo y son los siguientes:⁴⁷

a) Que se haya causado un daño b) que el daño proceda del quehacer o del actuar de un grupo de personas y que el autor del daño es uno de los integrantes, pero no se encuentra individualizado. c) Nexo causal entre hecho del grupo y el evento dañoso d) La responsabilidad es objetiva.

Vamos a centrar el examen en dos elementos a) el nexo causal y b) se hará una breve referencia al criterio de imputación.

Ese grupo puede estar reunido, mediando entre ellos un acuerdo o sin concierto previo como se explicitó más arriba y la actividad que cumple puede ser lícita o ilícita. LARENZ entiende que *“No es necesario que la actuación peligrosa de varios se base en un acuerdo entre ellos; basta que según el criterio de la práctica integre un fenómeno unitario. Así, cuando varios, aunque sea “espontáneamente”, participan en una riña o insolentemente arrojan piedras por la ladera de de una roca...”* si en tal circunstancia causan la muerte o lesión de una persona, si es seguro que ha sido *“uno de ellos”* responden todos.⁴⁸

El grupo puede ser el resultado de un acuerdo o concierto, cuando se reúnen para realizar determinada actividad etc. preestablecida, pero también constituye un grupo, si llegó a reunirse de forma espontánea.⁴⁹

Enseña el ilustre profesor argentino MOSSET ITURRASPE⁵⁰ **“El grupo. Distintas voces vienen hablando del paso de una responsabilidad individual a una colectiva; de la declinación de lo individual en beneficio de lo comunitario; de la transferencia a la sociedad toda o a sectores o a grupos, de lo que antes debía soportar el hombre aislado. Aparece así como un capítulo de esta socialización, la responsabilidad grupal, en desmedro de posturas individualistas y liberales, en extremo y en franca protección de las víctimas. La primera cuestión que se abre es la relativa al grupo del cual forma parte el dañador anónimo ¿Qué clase de grupo es este? ¿Un grupo formado para cometer ilícitos, para perjudicar a terceros? ¿O bien un grupo que no tiene una meta ilícita determinante, que puede calificarse como lícito, aunque entraña o encierra peligrosidad por una serie de factores, propios de los hechos emprendidos y de la actuación plural, de varios -dos o más- de una muchedumbre? Es esta, quizá la primera dilucidación a efectuar: grupo de obrar lícito o ilícito. No nos caben dudas que la respuesta correcta ... es la primera⁵¹. El grupo se orienta a una actividad lícita, permitida, no reñida con el ordenamiento jurídico”** También el autor se pregunta, si debe tratarse

⁴⁷ Ver Múrtula La responsabilidad civil por los daños causados...p. 89 y sgtes. y Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot. 9na. Edición. p. 622.

⁴⁸ Cfme. Larenz, ob. cit. p. 625.

⁴⁹ Múrtula ob. cit. P. 91, enseña que basta con “...el simple encuentro de hecho, en el tiempo y en el espacio, sin voluntad de reunión y sin elegir a los partícipes...” Y Díez Picazo, ob. cit. P. 167: “...no es preciso que existan especiales acuerdos de voluntades ni expresos ni tácitos...” Cfme, además, Izquierdo Tolsada, Mariano, Sistema de Responsabilidad civil contractual y extracontractual. p. 419

⁵⁰ Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva, Ed. Rubinzal-Culzoni, p 29 y sgtes.

⁵¹ El profesor en cita, agrega que de adoptarse la segunda “grupo ilícito”, quedaría comprendido en supuesto de coautoría y saldríamos de la figura en examen.

de grupo “concertado”, organizado, planeado para un emprendimiento determinado o un “grupo espontáneo, ocasional y como lo admite la más prestigiosa doctrina, el profesor Mosset, admite que el grupo puede ser concertado o espontáneo.

Admitir que basta que se haya formado un grupo, aunque sea de forma espontánea y que sus integrantes no sean ni siquiera conocidos entre sí obedece a que conforme con los principios: *favor victimae o pro damnato*, lo relevante es que la víctima sea resarcida por el daño experimentado.

VII. NEXO CAUSAL ENTRE LA ACCIÓN DEL GRUPO Y EL DAÑO.

Hasta mediados del siglo XX, tanto en Francia, como en los países Latinoamericanos, se rechazó la posibilidad de que el damnificado fuera indemnizado, si el daño había sido causado por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas, éste sí plenamente identificado y el fundamento más fuerte, ante falta de previsión legal⁵² lo fue precisamente la imposibilidad de acreditar el nexo causal, ya que dicho elemento junto a otros es indispensable para que surja la obligación indemnizatoria a cargo del ofensor, conforme surge de los arts. 1319 y 1322 de nuestro Cód.⁵³ Civil. Además, se arguyó a favor del rechazo de la responsabilidad de todo el grupo, afirmando que ello, implicaba una injusticia, ya que se condenaría a personas inocentes⁵⁴, a los integrantes del grupo que no causaron el daño.

En la responsabilidad colectiva que se examina, no es posible establecer el nexo causal entre el miembro concreto causante del daño y el daño.

El art. 1330 del Cod. Civil, contiene una presunción, pero la cuestión es determinar qué es lo que presume y si dicha presunción es posible trasladarla al tema en examen.

El damnificado deberá acreditar el nexo causal entre el hecho del grupo y el resultado dañoso, aunque no sea posible individualizar concretamente cual de dichos integrantes causó el daño.

El damnificado tendrá que acreditar, lo reiteramos, una relación de causa-efecto entre el hecho de los miembros del grupo y el resultado⁵⁵.

El art. 1330 del Cod. Civil uruguayo no consagra una presunción de nexo causal entre accionar del grupo y el daño, por lo que dicho elemento debe ser acreditado por el damnificado.

El Prof. Gamarra, estudiando el caso concreto del art. 1330, ha afirmado que la presunción que establece el art. 1330 es presunción de guarda. Dice: ***“La ley presume que todos los sujetos que integran el grupo en cuestión son guardianes del objeto” Responden estos (en tanto que guardianes presumidos) de la misma manera que si la guarda fuera colectiva***.⁵⁶

El punto, trasladado al tema en estudio, requiere la debida adaptación, especialmente porque

⁵² Previsión existente, como se dijo en el BGB, parágrafo 830, que dispone: “Si varios han causado un daño mediante un acto ilícito realizado conjuntamente, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo rige si no resulta posible determinar cuál de todos los partícipes ha causado el daño.”

⁵³ Ver Mazeaud, H. y L. y Tunc. A- Tratado ...No. 1950-

⁵⁴ Ver Carbonier, Jean, Derecho Civil, t.II. V.III, p. 78 y Sentencias allí citadas.

⁵⁵ Múrtula, ob. cit. P. 93. y Barría Días, Rodrigo, ob. cit. p. 54. Bustamante Alsina, ob. cit. p 622 No. 1745.

⁵⁶ Tratado..t, XXI, 3ra. Ed. P. 369.

no necesariamente en los supuestos en examen, tiene que intervenir una cosa, hay infinidad de situaciones imaginables de daños que se pueden causar sin intervención de una cosa.

Como ya se afirmó más arriba, la presunción que consagra el art. 1330, que según enseña el Maestro lo es de guarda en la hipótesis contemplada por dicha norma, en el caso objeto del presente trabajo, debe ser una presunción de **autoría**, esto es: se presume que cada uno de los integrantes del grupo causó el daño, en definitiva se presume un segundo nexo causal entre cada integrante del grupo y el daño, pero para que ello ocurra, es imprescindible que el damnificado acredite el primer nexo causal, esto es que: el daño que experimenta proviene del colectivo del grupo, aunque no sea posible individualizar concretamente cual de dichos integrantes causó el daño.

Acreditado que el daño proviene del grupo, entra a funcionar una presunción de autoría material de todos los integrantes del grupo, presunción relativa, pues admite prueba en contrario.

En este sentido, lo previsto por el art. 1330, permite que alguno o los demás integrantes del grupo acrediten que el daño fue causado por alguno de los integrantes del grupo. Pero su prueba liberatoria, no se reduce a ello, también puede acreditar la existencia de una eximente de responsabilidad⁵⁷, esto es caso fortuito, hecho de la víctima, hecho de un tercero e incluso algún integrante del grupo puede estar en condiciones de acreditar que él, atento a su especial circunstancia no pudo causar el daño.⁵⁸

En responsabilidad civil, el nexo causal tiene una doble función: a) la **autoría**: En virtud de esta función se determina, cuando un resultado dañoso es materialmente atribuible al comportamiento de un sujeto determinado (imputatio facti)⁵⁹ Permite individualizar el sujeto que debe responder.⁶⁰

Además, cumple una segunda función, que aquí no nos interesa, que es de adecuación, o sea *“parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento...”*⁶¹

VIII. CRITERIO DE IMPUTACIÓN. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, y el criterio de imputación es **el riesgo**, que podrá ser en sus distintas versiones: peligro, creado, beneficio⁶² En puridad los miembros que integran el grupo por el sólo hecho de hacerlo, contribuyen a crear el riesgo.⁶³

⁵⁷ Si no interpreto mal el pensamiento del Prof. Gamarra, él sustenta tal posición. Tratado... t 21, p. 370 dice: “... no veo razón válida que pueda oponerse a que invoque la causa extraña que no le es imputable (en cualquiera de sus tres modalidades), puesto que a través de ella demuestra lo mismo (la ausencia de una relación causal).”

⁵⁸ Cfme. Larenz, ob. cit. pa. 625, consignando: “ Pero no será responsable el que pueda probar que no ha podido ser “ posible “ causante del daño; por ejemplo, porque la lesión sobrevino por una cuchillada y el participante en cuestión es el único de los que intervinieron en la riña que no llevaba cuchillo.”

⁵⁹ Ver Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos,, Obligaciones, 3. Hammurabi, año 1999, p. 97. y siguientes.

⁶⁰ Pizarro y Vallespinos, ob. cit. P. 97.

⁶¹ Pizarro y Vallespinos, ob. cit. P. 98.

⁶² Cfme. en que el criterio de imputación es el riesgo; Díez-Picazo, Dcho. Daño. P. 147. De Angel, Ricardo, citado por Múrtula, en su libro, p. 75.

⁶³ Algunos autores franceses hablan de culpa anónima, colectiva (Viney) o común e Izquierdo Tolsada, Mariano, ob. cit. pa. 419, prefiere hablar de “causa anónima”.