
Responsabilidad Civil

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA
Directores

# Responsabilidad Civil

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

FEDERICO A. OSSOLA
Autor

VERSION eBOOK

ABELEDOPERRO

Ossola, Federico Alejandro
Responsabilidad civil / Federico Alejandro Ossola - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.
480 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-950-20-2787-6

1. Responsabilidad Civil. 2. Derecho Civil. 3. Código Civil y Comercial. I. Título.

CDD 346

© Ossola, Federico Alejandro
© de esta edición, AbeledoPerrot S.A., 2016
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 450 ejemplares

ISBN 978-950-20-2787-6

SAP 41987770

ARGENTINA

# ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas ..... XXV

PRIMERA PARTE

## TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO I

### CONCEPTUACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

I. Introducción ..... 3
§ 1. Noción ..... 3
§ 2. La relación jurídica que comprende la "responsabilidad civil" ..... 4
§ 3. Origen y evolución ..... 5
§ 4. El método del Cód. Civil ..... 10
§ 5. El método del Cód. Civil y Comercial. Una nueva etapa ..... 11
§ 6. Caracterización general ..... 12
§ 7. Los "presupuestos" o "elementos" de la responsabilidad civil y los deberes jurídicos subsecuentes ..... 18
§ 8. La normativa aplicable. Las reglas de prelación normativa ... 19
§ 9. Diferencias con otras figuras ..... 21

CAPÍTULO II

### ÓRBITAS DE RESPONSABILIDAD

I. Antecedentes. El Cód. Civil ..... 25

§ 10. Introducción ..... 25
§ 11. Culpa contractual y culpa extracontractual en el derecho francés ..... 25
§ 12. Noción y replanteo del concepto ..... 26
§ 13. Las diferencias entre ambos regímenes ..... 27
II. Responsabilidad "obligacional" y "no obligacional" (o "extracontractual") en el Cód. Civil y Comercial de la Nación ..... 29
§ 14. Una nueva norma ..... 29
§ 15. Las distintas órbitas. Denominación y contenido ..... 29
§ 16. Lo unificado ..... 31
§ 17. Las diferencias ..... 32
III. Responsabilidad Precontractual ..... 34
§ 18. Noción ..... 34
§ 19. La estructura del Cód. Civil y Comercial en la etapa precontractual ..... 36
§ 20. Los orígenes de la responsabilidad precontractual ..... 37
§ 21. Las principales discusiones ..... 37
§ 22. El régimen del Cód. Civil y Comercial. La responsabilidad precontractual por la ruptura de las tratativas ..... 38
IV. Responsabilidad Postcontractual ..... 42
§ 23. Caracterización ..... 42
§ 24. La naturaleza de la responsabilidad ..... 43
§ 25. El caso especial de la obligación de informar postcontractual ..... 44
§ 26. Efectos ..... 45

CAPÍTULO III

## PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LA ACCIÓN ANTIJURÍDICA. SUS EXIMENTES. RESPONSABILIDAD CIVIL SIN ILICITUD

§ 27. Introducción. La crisis de la antijuridicidad ..... 49
I. La acción ..... 49
§ 28. El hecho humano como requisito necesario para la atribución de responsabilidad ..... 49
§ 29. La acción y los actos involuntarios ..... 50

II. La antijuridicidad ..... 53
§ 30. Introducción ..... 53
§ 31. La antijuridicidad sólo se predica de las conductas humanas ..... 54
§ 32. La necesaria distinción entre "Acto Ilícito" y "Acto Ilícito Punible" ..... 54
§ 33. Distintas concepciones sobre el concepto de antijuridicidad 55
§ 34. El Cód. Civil y Comercial. Caracterización y rol de la antijuridicidad ..... 59
§ 35. La omisión antijurídica ..... 63
III. Eximentes de la antijuridicidad: las causas de justificación ..... 64
§ 36. Planteo del problema. La cuestión en el Cód. Civil ..... 64
§ 37. El punto de partida: la antijuridicidad en los actos dañosos 65
§ 38. Exclusión de la antijuridicidad: las causas de justificación .. 66
§ 39. La "asunción de riesgos" y el "consentimiento del damnificado" ..... 70
§ 40. Responsabilidad por actos lícitos dañosos ..... 72

CAPÍTULO IV

## PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONT.). LA RELACIÓN CAUSAL Y SUS EXIMENTES

I. Conceptuación y caracterización ..... 77
§ 41. Introducción. El marco en que se desenvuelve el problema. Remisión ..... 77
§ 42. El rol de la causalidad en la responsabilidad civil ..... 78
§ 43. La base fenomenológica y la aprehensión del fenómeno por el derecho ..... 79
§ 44. Concepto de relación de causalidad ..... 79
§ 45. Distinción entre nexo causal y factor de atribución ..... 80
§ 46. Una distinción preliminar ..... 80
II. Teorías sobre la relación causal ..... 80
§ 47. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones ..... 80
§ 48. Las restantes teorías. Necesidad de efectuar una distinción. 82
§ 49. Teoría de la Causa Próxima ..... 82
§ 50. Teoría de la Causa Eficiente ..... 83
§ 51. Teoría de la Condición Preponderante ..... 83

§ 52. Teoría de la causalidad virtual ..... 83
§ 53. Teoría de la Causa Adecuada ..... 83
§ 54. Teoría de la Imputación Objetiva ..... 84
III. El sistema de la causalidad en el Derecho Argentino ..... 85
§ 55. La recepción de la teoría de la causalidad adecuada ..... 85
§ 56. Sus excepciones ..... 86
§ 57. La causalidad en la omisión ..... 87
§ 58. Pluralidad de causas relevantes ..... 88
§ 59. Extensión del resarcimiento. Remisión ..... 89
IV. Eximentes de la relación causal ..... 89
§ 60. Introducción ..... 89
§ 61. Advertencia metodológica ..... 90
§ 62. Prueba de las eximentes y presunciones de causalidad en la responsabilidad obligacional. Remisión ..... 90
§ 63. Prueba de las eximentes y presunciones de causalidad en la responsabilidad extracontractual ..... 90
§ 64. El caso fortuito o fuerza mayor ..... 92
§ 65. El hecho del damnificado ..... 93
§ 66. Hecho del tercero ..... 95
§ 67. La existencia de diversas causas en el hecho dañoso ..... 96

CAPÍTULO V

## PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONT.). LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y SUS EXIMENTES

I. Conceptuación y caracterización ..... 101
§ 68. Noción ..... 101
§ 69. Clasificación ..... 102
§ 70. Coexistencia de ambos. ¿Rol residual de la culpa? ..... 102
§ 71. La determinación del factor de atribución en la responsabilidad obligacional. Remisión ..... 103
II. Factores subjetivos. Sus eximentes ..... 104
§ 72. El dolo ..... 104
§ 73. La culpa ..... 107
III. Factores objetivos. Sus eximentes ..... 116
A. Consideraciones generales ..... 116
§ 74. Origen y evolución ..... 116

§ 75. El riesgo o vicio, la garantía, y la equidad como factores objetivos de atribución nucleares. La cuestión en la responsabilidad extracontractual y la derivada del incumplimiento obligacional ..... 118
§ 76. Las "eximentes" de los factores objetivos de atribución. Una norma equívoca ..... 118
B. Los factores objetivos en la responsabilidad extracontractual .. 120
§ 77. El riesgo creado ..... 120
§ 78. La garantía ..... 123
§ 79. La equidad. Su importancia ..... 124
§ 80. La igualdad ante las cargas públicas. Remisión ..... 124
§ 81. *Quid* del abuso del derecho ..... 124
C. Los factores objetivos en la responsabilidad por incumplimiento obligacional ..... 125
§ 82. El paso previo necesario: determinar si la obligación es de medios o de resultado. Remisión ..... 125
§ 83. Riesgo y garantía como factores de atribución de la responsabilidad ..... 125
§ 84. La obligación de seguridad ..... 126

CAPÍTULO VI

## PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONT.). EL DAÑO Y EL DAÑO RESARCIBLE

I. Concepto y caracterización ..... 133
§ 85. Introducción ..... 133
§ 86. Las tres doctrinas ..... 134
§ 87. La cuestión en el Cód. Civil y Comercial ..... 136
§ 88. Las dos categorías de daño resarcible ..... 140
§ 89. Requisitos del daño resarcible ..... 140
§ 90. Relaciones entre "daño" y "antijuridicidad" ..... 143
II. Principales clasificaciones del daño resarcible ..... 143
§ 91. Introito ..... 143
§ 92. Daño patrimonial y daño extrapatrimonial (o moral). Remisión ..... 144
§ 93. Daño directo y daño indirecto ..... 144
§ 94. Daño y peligro de daño ..... 144

§ 95. Daño efectivo y beneficio cesante ..... 145
§ 96. Daño instantáneo y continuado ..... 145
§ 97. Daño consolidado y variable ..... 145
§ 98. Daño juzgado y sobreviniente ..... 145
§ 99. Daño presente y futuro. Su importancia. Remisión ..... 146
§ 100. Daño compensatorio y daño moratorio. Remisión ..... 147
§ 101. Daño al interés positivo y al interés negativo. Remisión ... 147
III. Daño patrimonial ..... 148
§ 102. Concepto. Remisión ..... 148
§ 103. Especies ..... 148
§ 104. La particular situación de la indemnización del "daño" mediando incapacidad ..... 153
IV. Daño extrapatrimonial o moral ..... 155
§ 105. Concepto. Remisión ..... 155
§ 106. Caracterización. La valoración del daño moral ..... 155
§ 107. Prueba del daño moral. La importancia de las presunciones *hominis* ..... 159
§ 108. Legitimados activos ..... 160
§ 109. Transmisibilidad de la acción ..... 163
§ 110. Inembargabilidad y acción subrogatoria ..... 164
§ 111. Cuantificación de la indemnización. Remisión ..... 164

## SEGUNDA PARTE

## LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### CAPÍTULO VII

### FUNCIÓN PREVENTIVA Y FUNCIÓN SANCIONATORIA

I. Introducción ..... 169
§ 112. Las funciones de la responsabilidad civil ..... 169
II. Función preventiva ..... 170
§ 113. Caracterización ..... 170
§ 114. El deber de prevención del daño ..... 174
§ 115. La acción preventiva ..... 176
III. Función sancionatoria ..... 183
§ 116. Las "sanciones civiles" ..... 183

§ 117. La cuestión en el Proyecto ..... 184
§ 118. La función sancionatoria en el Cód. Civil y Comercial ..... 185
§ 119. Los "daños punitivos". Noción ..... 186
§ 120. Los daños punitivos en las relaciones de consumo ..... 188

CAPÍTULO VIII

## FUNCIÓN RESARCITORIA. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN PLENA. SUS REGLAS Y LAS EXCEPCIONES

I. Formulación ..... 193
§ 121. La norma legal. Antecedentes ..... 193
§ 122. La cuestión causal ..... 194
§ 123. Caracterización e importancia ..... 194
II. Limitaciones legales al principio de reparación plena ..... 198
§ 124. La problemática ..... 198
§ 125. Su justificación y el problema de su constitucionalidad ..... 199
§ 126. Los diversos casos ..... 199
III. Limitaciones convencionales al principio de reparación plena ..... 203
§ 127. Noción ..... 203
§ 128. Situaciones excluidas ..... 204
§ 129. Las normas del Cód. Civil y Comercial ..... 205
§ 130. Situaciones en las que siempre está vedada la renuncia anticipada de la responsabilidad ..... 209
§ 131. Los contratos por adhesión y las relaciones de consumo .. 211
§ 132. Dispensa de la culpa. La cuestión de la culpa grave ..... 211
§ 133. La cláusula penal ínfima ..... 212
§ 134. La dispensa de los factores objetivos de atribución ..... 213
§ 135. Limitación convencional del quántum indemnizatorio. La cláusula penal ..... 214
§ 136. La dispensa en la reparación de ciertos daños resarcibles . 214
§ 137. Un caso especial: las responsabilidades profesionales ..... 216
§ 138. Reflexión final: la excepcionalidad de las cláusulas de dispensa ..... 216
IV. Extensión del resarcimiento. La regla general ..... 217
§ 139. Introducción ..... 217
§ 140. Las "consecuencias" ..... 218

§ 141. Reglas generales de imputación de las consecuencias ..... 219
V. Extensión del resarcimiento (cont.). Las reglas especiales en ciertos ámbitos ..... 220
§ 142. Aclaración ..... 220
§ 143. Extensión del resarcimiento en la responsabilidad contractual ..... 221
§ 144. Los intereses moratorios como indemnización tarifada en las obligaciones de dar dinero. Remisión ..... 225
§ 145. Otros supuestos ..... 225

CAPÍTULO IX

## FUNCIÓN RESARCITORIA (CONT.). LA REPARACIÓN DEL DAÑO

I. Consideraciones generales. La reparación "en especie" ..... 229
§ 146. Noción ..... 229
§ 147. Finalidad ..... 229
§ 148. Las maneras de reparar el daño en el Cód. Civil y Comercial ..... 230
§ 149. Las dos operaciones que corresponde efectuar ..... 233
§ 150. La reparación en especie del daño ambiental. Su particularidad ..... 234
II. La reparación en dinero ..... 234
§ 151. Caracterización ..... 234
§ 152. El art. 1748 del Cód. Civil y Comercial y sus implicancias 235
§ 153. Clases de valoración y cuantificación ..... 237
A. Valoración y cuantificación judicial del daño patrimonial ..... 237
§ 154. Caracterización ..... 237
§ 155. Algunas reglas básicas ..... 238
§ 156. Situaciones particulares ..... 242
B. Valoración y cuantificación judicial del daño moral ..... 245
§ 157. Valoración. Remisión ..... 245
§ 158. El nudo del problema en la cuantificación del daño moral 245
§ 159. La solución del Cód. Civil y Comercial ..... 247
C. Valoración y cuantificación convencional del daño: la cláusula penal ..... 249
§ 160. Concepto y caracterización ..... 249

§ 161. Objeto de la cláusula penal ..... 254
§ 162. El incumplimiento por causas imputables al deudor como condición para la exigibilidad de la cláusula penal ..... 254
§ 163. Funcionamiento de la cláusula penal ..... 256
§ 164. Modificaciones a la cláusula penal: el principio de inmutabilidad relativa ..... 260

## TERCERA PARTE

## LAS DIVERSAS TIPOLOGÍAS DE LA RESPONSABILIDAD

### CAPÍTULO X

### LAS TIPOLOGÍAS ESENCIALES

§ 165. Introducción ..... 269
I. Responsabilidad Directa (o por el hecho propio) ..... 269
§ 166. Caracterización ..... 269
A. Responsabilidad por actos obrados de manera individual ..... 271
§ 167. Determinación de la autoría del hecho en las dos órbitas de la responsabilidad. Remisión ..... 271
§ 168. Autoría por Acción u Omisión. Ensanchamiento de la Omisión. Remisión ..... 271
§ 169. El factor de atribución ..... 272
§ 170. La responsabilidad por incumplimiento obligacional y contractual. Remisión ..... 272
§ 171. Responsabilidad por actividades riesgosas. Remisión ..... 273
§ 172. Responsabilidad por daños causados por actos involuntarios ..... 273
B. Daños causados por la participación de dos o más personas .... 277
§ 173. Los distintos supuestos ..... 277
§ 174. Coautoría ..... 278
II. Responsabilidad Indirecta por el hecho de terceros ..... 281
§ 175. Caracterización general ..... 281
A. Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente ..... 282
§ 176. Las normas legales ..... 282
§ 177. Requisitos ..... 283

§ 178. Naturaleza de la responsabilidad. Obligaciones concurrentes. Remisión ..... 286
B. Responsabilidad por el hecho de los hijos y otras personas a cargo ..... 286
§ 179. Introducción ..... 286
§ 180. Responsabilidad de los padres ..... 287
§ 181. Responsabilidad de otros encargados por el hecho de las personas a su cuidado ..... 291
§ 182. Obligaciones solidarias. Remisión ..... 293
§ 183. Obligaciones indivisibles. Remisión ..... 293
III. Responsabilidad por el hecho de las cosas y las actividades riesgosas ..... 294
§ 184. Introducción. Remisión ..... 294
§ 185. Responsabilidad por el hecho de las cosas ..... 295
§ 186. Responsabilidad por las actividades riesgosas ..... 300
IV. Las responsabilidades en particular ..... 304
§ 187. Los casos. Aclaración metodológica. Remisión ..... 304

## CUARTA PARTE

## ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

### CAPÍTULO XI

### RESPONSABILIDADES ESPECIALES

I. Accidentes de tránsito ..... 309
§ 188. Una problemática creciente ..... 309
§ 189. El anclaje normativo de la responsabilidad ..... 310
§ 190. Ámbito de aplicación del art. 1769 del Cód. Civil y Comercial ..... 311
§ 191. Responsabilidad del conductor del vehículo ..... 312
§ 192. Responsabilidad del dueño y del guardián ..... 313
§ 193. Pluralidad de responsables. Concurrencia ..... 315
§ 194. Presunciones de responsabilidad y eximentes ..... 315
§ 195. La llamada "neutralización de riesgos". Su improcedencia 319

II. Daños causados en las relaciones de consumo ..... 320
§ 196. La incidencia de las relaciones de consumo en las relaciones jurídicas. Remisión ..... 320
§ 197. Los lineamientos generales ..... 320
§ 198. Prevención de los daños al consumidor ..... 322
§ 199. Función resarcitoria ..... 324
§ 200. Función sancionatoria. Remisión ..... 335

CAPÍTULO XII

## RESPONSABILIDADES ESPECIALES (CONT.)

I. Responsabilidad de los profesionales liberales. Aspectos generales. 337
§ 201. Introducción. Antecedentes ..... 337
§ 202. Una nueva norma ..... 338
§ 203. Caracterización general ..... 338
II. Responsabilidad de los médicos y otros intervinientes en la prestación de servicios de salud ..... 343
§ 204. Aclaración metodológica ..... 343
§ 205. El auge de la responsabilidad de los profesionales de la salud ..... 343
§ 206. Responsabilidad individual del médico ..... 343
§ 207. La actuación médica plural ..... 348
§ 208. Responsabilidad de los establecimientos asistenciales ..... 350
§ 209. Las obras sociales ..... 353
§ 210. Las empresas de medicina prepaga ..... 354
III. Responsabilidad de los abogados ..... 355
§ 211. Delimitación del tema ..... 355
§ 212. Responsabilidad obligacional y extracontractual ..... 355
§ 213. El contrato de servicios profesionales ..... 356
§ 214. Normativa aplicable ..... 356
§ 215. Los presupuestos de la responsabilidad ..... 357
§ 216. Actuación profesional plural ..... 360
IV. Responsabilidad de los profesionales de la construcción ..... 360
§ 217. Aclaración metodológica ..... 360
§ 218. Caracterización ..... 361
§ 219. Multiplicidad de sujetos ..... 361

§ 220. Vínculos contractuales ..... 362
§ 221. El factor de atribución ..... 363
§ 222. Daños entre partes ..... 363
§ 223. Daños a terceros ..... 365

## CAPÍTULO XIII

## RESPONSABILIDADES ESPECIALES (CONT.)

I. Responsabilidad de los establecimientos Educativos ..... 369
§ 224. Una problemática en crecimiento ..... 369
§ 225. El sistema del Cód. Civil ..... 369
§ 226. La norma legal. El microsistema ..... 370
§ 227. Exclusión de los establecimientos educativos del Estado... 370
§ 228. Aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor ..... 371
§ 229. Los "establecimientos educativos" alcanzados por la norma ..... 371
§ 230. Naturaleza de la responsabilidad ..... 373
§ 231. Legitimado pasivo ..... 373
§ 232. El factor de atribución ..... 374
§ 233. Requisitos de la responsabilidad ..... 374
§ 234. Eximentes ..... 376
§ 235. El seguro obligatorio ..... 377
§ 236. Invalidez de las cláusulas de eximición de responsabilidad 377
§ 237. Otras responsabilidades. Concurrencia ..... 378
II. Responsabilidad de las personas jurídicas y de sus directores y administradores ..... 378
§ 238. Metodología. Las personas jurídicas en el Cód. Civil y Comercial ..... 378
§ 239. Exclusión del Estado. Ámbito de aplicación de las normas 379
§ 240. Responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de quienes las dirigen o administran ..... 379
§ 241. Responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus dependientes y por el hecho de las cosas o las actividades riesgosas. Remisión ..... 381
§ 242. La responsabilidad personal de los directores y administradores de la persona jurídica ..... 381

III. Responsabilidad del Estado y los funcionarios y empleados públicos ..... 383
§ 243. Antecedentes ..... 383
§ 244. El nuevo sistema. Sus principales lineamientos ..... 385
§ 245. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima en la ley 26.944 ..... 387
§ 246. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad licita en la ley 26.944 ..... 390
§ 247. La responsabilidad contractual del Estado en la ley 26.944 ..... 391
§ 248. La responsabilidad de los funcionarios y los empleados públicos en la ley 26.944 ..... 392
IV. Responsabilidad por daños derivados de la lesión a los derechos personalísimos ..... 393
§ 249. Los derechos personalísimos en el Cód. Civil y Comercial 393
§ 250. La función preventiva y la resarcitoria ..... 394
§ 251. Daños a la vida privada o intimidad ..... 396
§ 252. Acusación calumniosa. Injurias ..... 397
§ 253. Libertad de expresión y responsabilidad de los medios masivos de comunicación ..... 398
V. Responsabilidad colectiva y anónima ..... 401
§ 254. Responsabilidad anónima ..... 401
§ 255. Responsabilidad colectiva ..... 404

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

## QUINTA PARTE

## LAS ACCIONES JUDICIALES

### CAPÍTULO XIV

### ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

I. Introducción ..... 409
§ 256. Los cambios en el proceso de responsabilidad civil ..... 409
§ 257. La cuestión en la responsabilidad civil ..... 410
§ 258. Aclaración metodológica ..... 411
II. La acción preventiva ..... 411
§ 259. Remisión ..... 411

III. La acción resarcitoria ..... 411
§ 260. Legitimación activa ..... 411
§ 261. Legitimación pasiva ..... 414
§ 262. El trámite procesal ..... 415
§ 263. Prueba de los presupuestos de la responsabilidad. Remisión ..... 416
§ 264. La sentencia. Remisión ..... 416
§ 265. Ejecución de la sentencia. Remisión ..... 416
§ 266. Plazos de prescripción de la acción resarcitoria. Remisión 416
IV. Las acciones colectivas ..... 417
§ 267. Una supresión desafortunada. Vigencia de la doctrina de la Corte Suprema ..... 417
V. Acciones civil y penal ..... 422
§ 268. Responsabilidad civil y responsabilidad penal ..... 422
§ 269. La regla general: la independencia de ambas acciones. Alcances ..... 422
§ 270. La acción civil ejercida en sede penal ..... 423
§ 271. Acción resarcitoria ejercida en sede civil, independiente de la acción penal ..... 425

Bibliografía general ..... 433

*A Gustavo Vallespinos y Daniel Pizarro, verdaderos*
*Maestros del Derecho, y por sobre todo Amigos*
*y compañeros de muchos caminos,*
*en los buenos momentos de la vida pero*
*—especialmente— en los otros*

## ABREVIATURAS

ADC: Anuario de Derecho Civil.
Art.: artículo.
Cám.: Cámara
CCyC: Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994 y sus modificatorias).
CNCiv.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
CNCom.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
Cód. Civil: Código Civil (ley 340 y sus modificatorias).
Cód. Comercial: Código de Comercio.
Const. Nac.: Constitución de la Nación Argentina.
CPCCN: Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación
CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
DJ: Revista "Doctrina Judicial", Editorial La Ley.
ED: Revista El Derecho.
Fallos: Revista "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".
LL: Revista Jurídica Argentina La Ley.
LLBA: Revista Jurídica Argentina La Ley Buenos Aires.
LLCba.: Revista Jurídica Argentina La Ley Córdoba.
LLGran Cuyo: Revista Jurídica Argentina La Ley Gran Cuyo.
LLLitoral: Revista Jurídica Argentina La Ley Litoral.
LLNoa: Revista Jurídica Argentina La Ley Noroeste Argentino.
LLPatagonia: Revista Jurídica Argentina La Ley Patagonia
p.: página.
ps.: páginas.
RDCO: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones.
RTDC: Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RCyS: Revista Responsabilidad Civil y Seguros.
ss.: siguientes.
T.: tomo.
Trad.: traducción.
Vol.: volumen.

# PRIMERA PARTE

# TEORÍA GENERAL

# CAPÍTULO I

# CONCEPTUACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

### § 1. Noción

Señala el Maestro BUSTAMANTE ALSINA: "responder significa dar cada uno cuenta de sus actos. La conducta de los individuos se traduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez producen una modificación del mundo exterior. La alteración unilateral de las circunstancias que forman el entorno de los demás, puede ser favorable al interés individual o colectivo de éstos, o bien puede ser contrario".

Etimológicamente, *responder* proviene del latín *respondēre*, que a su vez tiene como raíz *re* y *spondeo*. Esto último significa prometer solemnemente en nombre de uno, comprometerse, responder de uno. En el *Diccionario de la Lengua*, si bien son muchas sus acepciones, en todas ellas existe un hilo común: responder es *dar respuesta*.

En el ámbito de las *relaciones jurídicas*, el vocablo *responsabilidad* importa la atribución de un *deber jurídico* en cabeza de una persona quien, porque el ordenamiento así lo dispone, debe —en sentido amplio— *"dar respuesta"* mediante la realización de una conducta que le es impuesta. Porque así lo ha elegido (por ej., al celebrar un contrato), o porque se encuentra inmerso, como protagonista, en una situación a la que el ordenamiento le asigna la virtualidad de generar dicho deber de obrar (de manera positiva o negativa), y que en caso de no ser cumplido de manera espontáneamente, le es exigible por la vía *coactiva*. *"Ser responsable"*, pues, se predica de *cualquier sujeto gravado con un deber jurídico determinado: si se "debe", se es "responsable"*.

Por ello, el deudor es "responsable" de cumplir una obligación, siendo la *responsabilidad* el elemento coactivo del vínculo jurídico; lo propio sucede con la *responsabilidad parental*, entendida ésta como el conjunto de deberes y derechos de los progenitores sobre la persona y los bienes del hijo (art. 638 CCyC); y así en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas.

Pero en lo que ahora nos interesa, la cuestión adquiere un específico significado y contenido. *Alterum Non Laedere* (*no dañar a otro*), es uno de los tres preceptos del derecho, enunciados por ULPIANO en el Digesto. Un deber que es de la esencia de la convivencia entre las personas, de profunda base moral, pero también de enorme contenido jurídico, y que ha ido expandiendo sus fronteras a la par que la civilización ha avanzado, de manera incesante, por la generación de *nuevas* maneras de dañar.

Surgió así el concepto de *"responsabilidad civil"*, locución que se refiere a un fenómeno jurídico harto preciso: se trata del *conjunto de deberes jurídicos* (en su gran mayoría *relaciones de obligación*) *que se imponen a quien ha causado injustamente un daño a otro a fin de repararlo o castigar económicamente la conducta disvaliosa, y también a quien debe evitarlo a fin de impedir que el daño suceda.*

Los *elementos axiales* son aquí el "daño" o el "peligro de daño", siendo los que hacen surgir esta particular especie de responsabilidad, cuya trascendencia social es más que evidente, y cuyo régimen jurídico es sumamente complejo. Ha sido fruto de una notable evolución a través de los siglos, constituyendo —junto con los contratos— uno de los pilares fundamentales de la construcción de todos los sistemas jurídicos.

## § 2. La relación jurídica que comprende la "responsabilidad civil"

La materia comprende, esencialmente, y en todos sus aspectos, las etapas o "momentos" de la cadena causal (v. *Obligaciones* § 28) invariablemente presentes en todo deber jurídico: la regulación de la *causa fuente* idónea para generarlo (el *hecho jurídico* - art. 257 CCyC); la del *deber jurídico* en concreto que se genera a partir de la causa eficiente; y lo relativo al *cumplimiento* de dicho deber jurídico.

Se trata, pues, de una *relación jurídica* integrada por lo común por *relaciones de obligación en sentido estricto* (art. 724 CCyC), aunque también deberes jurídicos no obligacionales (en especial, en materia de prevención de los daños), plenamente exigibles.

Es, en definitiva, *una relación jurídica en particular*, como lo es la que se genera en razón de un contrato, o cualquier otra relación jurídica.

## § 3. Origen y evolución

En lo que a nuestro sistema actual concierne, y de manera esquemática, la evolución de la figura puede sintetizarse en lo que sigue.

### *a) El derecho romano*

La evolución que experimentó la cuestión en el derecho romano fue notable, si bien finalmente no llegó a construirse una teoría general de la responsabilidad por daños, que siempre se limitó a diversas figuras típicas que, como es lógico, fueron incrementándose con el correr del tiempo. Se trataba, pues, de supuestos puntuales en los que se atribuía la responsabilidad, aunque algunos de ellos de amplias alcances.

Señala PETIT que en el origen el *delito* es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley, cabiendo distinguir entre los *delicta publica*, y los *delicta privata*.

Los primeros eran los que directa o indirectamente atacaban al orden público o la organización política o a la seguridad del Estado, y daban lugar a una persecución criminal, con procesos y penas propios. Los segundos consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, sin afectar al orden público.

En la Ley de las XII Tablas, comienza a morigerarse la venganza privada, que era la manera en que se zanjaban los conflictos. Si bien existían, la ley las limitó, estatuyéndose para ciertos casos composiciones económicas, a la par de castigos físicos, pérdida de la libertad, etc.

Con posterioridad, el sistema se fue perfeccionando, teniéndose en cuenta —de manera más amplia— la intención criminar del autor del delito, y siendo la pena económica más proporcionada al daño causado.

La *ley Aquilia* (alrededor de fines del Siglo V), fue la que reglamentó y unificó de modo más o menos completo el problema, aunque

sin aplicarse a toda clase de daño, pero sirviendo de punto de partida para todo el desarrollo posterior, en especial jurisprudencial. Entre otros, se consagraba el delito del que mataba al esclavo o un animal de otro (debe pagarse el más alto valor que haya alcanzado en el año anterior al delito), y el derecho a la indemnización por cualquier daño causado a otro por lesión o destrucción de uno de sus bienes; siempre bajo los requisitos que la ley establecía para que dichos hechos configuraran delitos, y concediéndose la acción al propietario de la cosa.

En las Institutas de Gayo y las de Justiniano, sigue PETIT, no citan más que cuatro delitos privados: el *furtum* o hurto; el daño causado injustamente y castigado por la Ley Aquilia (*damnun injuria datum*); el robo y el daño acompañados de violencia; y la injuria. Al lado de otros menos importantes, como el delito de corrupción y esclavo, el de cortar árboles ajenos, etc.

Pero además, fuera de los delitos, existieron obligaciones nacidas *quasi ex delicto*, que eran numerosas y que traían aparejada una multa o una sanción, bajo reglas similares a los delitos (en el caso en que el juez haya pronunciado una sentencia ilegal o inicua, por arrojarse objetos sólidos en un lugar de tránsito, si caían objetos suspendidos o colocados en los techos de una casa, responsabilidad de los barqueros y posaderos, etc.).

La *venganza*, pues, fue abriendo paso a la composición, y aunque la primera quedó limitada, de todas maneras la idea de *castigo* del responsable nunca fue dejada absolutamente de lado. Las fronteras entre la responsabilidad civil y la penal siempre fueron difusas. Y tampoco se percibió o definió una diferencia estructural y clara entre el dolo y la culpa, siendo —de hecho— muchos supuestos de responsabilidad ajenos a la idea misma de dolo o culpa, si bien en las últimas épocas fue perfilándose y afinándose su idea y contenido.

### *b) La edad media y el* ancien droit

Luego de la caída del Imperio Romano, y a medida que el influjo de la Iglesia Católica se fue haciendo sentir, el redescubrimiento de los textos romanos a partir del Siglo XI, y su estudio y reelaboración por los glosadores y postglosadores, llevó a un profundo replanteo de la responsabilidad por daños que se tradujo en dos consecuencias básicas: la búsqueda de la separación conceptual (y sus consecuencias) entre la responsabilidad civil (de carácter privado, de composición) y la penal (que respondía a otros intereses), entre la reparación y la

pena; y la definitiva instalación del concepto de *culpabilidad como fundamento central de la responsabilidad,* en cuanto juicio de reproche de la conducta del responsable.

Aquí cobra alto protagonismo lo sucedido en lo que hoy es Francia, pues estas ideas alcanzaron su cenit con las obras de DOMAT y POTHIER, cuyas enseñanzas (entre muchas otras) se plasmaron en el Cód. Civil francés de 1804, y de allí se irradiaron a todos los ordenamientos posteriores europeos y latinoamericanos. Como lo señalan MAZEAUD y TUNC, ésta fue la base sobre la que se gestó la *responsabilidad civil*, diferenciada ya de la responsabilidad penal, y basada en la idea exclusiva y excluyente de *culpabilidad* (dolo o culpa).

### *c) El Cód. Civil francés*

Luego de la revolución francesa, en la que esencialmente se privilegió la libertad individual frente al rol omnipresente del Estado, se dicta el Cód. Civil de 1804, cuyo art. 1382 se constituye en el verdadero epicentro del sistema de la responsabilidad por daños: *"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"* ("todo hecho cualquiera del hombre, que cause un daño a otro, obliga aquel por cuya culpa se hubiese producido a repararlo").

Como lo resumen PIZARRO y VALLESPINOS, tal valoración de la responsabilidad civil fue consecuencia de toda una concepción de vida imperante en aquel momento de la historia, y que se traducía en la necesidad de proteger al individuo frente a la omnipotencia del Estado (mediante la culpa se aseguraba al individuo que sólo respondería si existía un reproche subjetivo a su conducta); ello encastraba con el pensamiento racionalista del derecho natural (en donde el hombre era garante de sus actos y debía responder en tanto y en cuanto hubiera mediado una falta que le sea reprochable, y no limitar su libertad); y la tutela de la seguridad jurídica.

Además de ello, se agrega (LÓPEZ HERRERA) que la creciente industrialización y el maquinismo llevó a consagrar la culpa a fin de evitar el nivel de actividad, ya que en caso contrario, las responsabilidades por daños causados (especialmente a los operarios de dichas máquinas) serían mayores. Sólo al haber culpa (o sea, falta de diligencia), se debía responder, y no en caso contrario.

BUSTAMANTE ALSINA, gráficamente resume la cuestión en el sistema francés: a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La

imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) Sin daño no hay responsabilidad civil; f) La obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva, que consiste en reparar el daño causado.

A su vez, se distingue entre la *culpa contractual* y la *extracontractual,* estableciéndose una clara distinción entre ambas, y en donde el deudor es responsable del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, presumiéndose la culpa del incumplimiento, juzgándose ella en abstracto y sin graduación de culpas (arts. 1137, 1147 y 1148, Cód. Civil francés).

Se genera un sistema *atípico* del ilícito a los fines de la reparación, y no se contempla el daño moral.

### *d) La evolución posterior. La situación en Argentina*

El influjo del Cód. Civil francés en esta materia, como en tantas otras, se trasladó a nuestro ordenamiento. El art. 1109 del Cód. Civil, en su texto originario (la ley 17.711 agregó la solidaridad entre los coautores del ilícito culposo) es una transcripción del art. 1382 del código galo, citado expresamente como fuente en su nota. Los sistemas jurídicos del siglo XIX se construyeron basándose en la responsabilidad fundada en la *culpa*, esto es, la *responsabilidad subjetiva.*

Sin embargo, la cada vez más creciente causación de daños derivados, especialmente, del maquinismo y el avance de la industria, comenzó a evidenciar la insuficiencia del sistema, y de manera incipiente se fue generando una corriente jurisprudencial que mitigara los rigores de la responsabilidad subjetiva, especialmente en el terreno extracontractual, pues la culpa, al no presumirse, debía ser acreditada por la víctima del suceso dañoso, lo que en muchísimos casos era virtualmente imposible. Fue así como en 1896 la Corte de Casación, en un fallo del 16 de junio, decidió que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico causada por la explosión de una caldera, al constatarse la existencia de un vicio de construcción, lo que excluía el caso fortuito o la fuerza mayor (únicas eximentes), abriéndose así paso la *responsabilidad sin culpa*, mediante el juicio de valor o de reproche fundado en ideas diferentes a ella, como lo fue el riesgo-provecho (se crea, objetivamente, un riesgo en virtud del cual se obtienen beneficios), que luego desembocara en el *riesgo*

*creado* y en el *vicio de las cosas*. Y comenzó la sanción de leyes (como la de accidentes de trabajo, de 1898), que se hizo eco de estas ideas. La evolución no está exenta de idas y vueltas, en medio de colosales polémicas entre los más grandes autores del derecho civil francés, pero a medida que el tiempo fue pasando, la *responsabilidad objetiva* fue ganando más terreno.

En la Argentina ocurrió un fenómeno similar, aunque más tardío. La interpretación de las normas del Cód. Civil, tributarias de la *culpa*, fue cediendo frente a otra, más flexible y adaptada a los nuevos tiempos, mitigando de diversas maneras los rigores del sistema. También se sancionaron leyes, como la de Riesgos del Trabajo 9688, el Código Aeronáutico, etc.).

Los *nuevos tiempos* que motivaron cambios profundos en materia contractual y obligacional (v. *Obligaciones* § 6 y 7) tuvieron también su reflejo en materia de responsabilidad civil y ello quedó plasmado en la importantísima reforma legislativa del año 1968, mediante la ley 17.711, que introdujo la responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa en el art. 1113 del Cód. Civil, cuya interpretación y aplicación por la jurisprudencia y la doctrina permitió una *reinterpretación* de las normas existentes, en una ingente tarea que llevó varias décadas, de fructífera producción. Los conceptos fundantes (el *daño*, la *antijuridicidad*, la *relación causal* y los *factores de atribución*) fueron objeto de profundos replanteos.

La consagración de los derechos del consumidor en el año 1993, mediante la ley 24.240, no hizo más que ratificar este rumbo, y comenzaron también a dictarse leyes especiales para ciertos supuestos específicos (por ej., los espectáculos públicos, la ley General del Ambiente, ley de Residuos Peligrosos, la modificación del art. 1117 del Cód. Civil relativo a la responsabilidad de los establecimientos educativos, etc., etc.), en los que cada vez la responsabilidad objetiva fue ganando más terreno.

Sin embargo *el cambio*, que constituye todo un viraje fundacional, no sólo se produjo en orden al factor de atribución, sino en los más variados aspectos. Las ideas de ORGAZ, BUSTAMANTE ALSINA, MOSSET ITURRASPE, BORDA, LLAMBÍAS, TRIGO REPRESAS, MOISSET DE ESPANÉS, BUERES, ZAVALA DE GONZÁLEZ, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LORENZETTI, PIZARRO, VÁZQUEZ FERREYRA, VALLESPINOS, y tantos otros preclaros juristas, permitieron la construcción de un *nuevo sistema,* cuyas notas esenciales fueron una mayor protección a las víctimas de daños injustos; un retroceso de la culpa y el avance

de los factores objetivos de atribución; la crisis de la antijuridicidad; la crisis de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual; la consagración definitiva del principio *Alterun Non Laedere* y el consiguiente replanteo del concepto de antijuridicidad; la formulación del principio de *reparación plena* de los daños; la expansión del daño moral; la aparición cada vez mayor de la responsabilidad plural y solidaria; la aparición de la prevención como un mecanismo central para la evitación de los daños; la mayor tutela de la persona humana y su dignidad.

El camino, de todas maneras, no se encuentra exento de vaivenes, y de miradas que buscan limitar, en ciertos casos, algunas cuestiones (como sucede, por ej., con las indemnizaciones tarifadas, o algunas limitaciones de responsabilidad, tanto en los daños resarcibles como en otras cuestiones más complejas); y en muchos casos con elementos sumamente atendibles, en especial, por las repercusiones *económicas* (y la consiguiente proyección social) de ciertas condenas resarcitorias. Existe aquí un profundísimo *trasfondo ideológico*, que ha llevado al replanteo del *concepto mismo* de responsabilidad civil, sus funciones y sus alcances.

El CCyC, en gran medida, recepta las ideas esbozadas por la generación que, en definitiva, es la *autora intelectual* de este nuevo sistema legal, que no es de ruptura, sino de consolidación de lo mucho y muy bueno que se ha ido construyendo, y constituye un nuevo punto de referencia para comenzar una nueva construcción a futuro, que se adecue a los tiempos que nos tocarán vivir de aquí en más.

## § 4. El método del Cód. Civil

El Cód. Civil fue una obra que reflejó el derecho de su tiempo. Sin perjuicio de que, luego de 140 años de fructífera vigencia, puedan efectuarse muchas críticas, lo cierto es que la ímproba labor de la doctrina y la jurisprudencia permitieron ir adaptándolo a los cambios que se fueron produciendo; y la trascendental reforma de la ley 17.711 incorporó figuras dotadas de la flexibilidad suficiente que —en definitiva— han desembocado en lo que es la nueva regulación del CCyC.

Metodológicamente, las normas esenciales sobre responsabilidad civil se encuentran en el Libro Segundo, y la divisoria de aguas es clara: por una parte, se dispone sobre la responsabilidad *contractual* (en la parte de las obligaciones, arts. 506 a 515 y 519 a 522); y por la otra, se regula la responsabilidad *extracontractual* (arts. 1066 a 1136); el art. 1107 lo reflejaba claramente. Hay también varias normas en los contratos en particular, y algunas otras en las restantes

partes, como en el régimen particular de las clases de obligaciones (en las de dar cosas ciertas, las de dar dinero, etc.), en materia de posesión, etc. El régimen de las consecuencias indemnizables estaba entre los arts. 901 a 906 (en la teoría general de los hechos jurídicos). Además, salvo algunas contadísimas excepciones (como el caso de la responsabilidad por daños causados por animales feroces, art. 1129), la responsabilidad giraba en torno a la *culpa* (arts. 512 y 1109). La influencia del Cód. Civil francés era evidente.

Sin embargo, y pese a la claridad que ofrece esta vista *panorámica*, el contenido de las normas (en particular, las comprendidas en los arts. 1066 en adelante) versaba en varios casos sobre cuestiones propias de la responsabilidad contractual (como el caso de las responsabilidades de los arts. 1118 y ss.), y se disponía sobre las conexiones e interinfluencias entre la responsabilidad civil y penal (arts. 1096 a 1106). Los supuestos que VÉLEZ reguló fueron los que —naturalmente— eran los que en su tiempo constituían los daños que se causaban en la época.

La reforma de la ley 17.711 remozó al Cód. Civil y reflejó los nuevos vientos. Se incorporó la responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de las cosas (art. 1113); se amplió la reparación por daño moral (arts. 522 y 1078); explícitamente se abrazó la teoría de la causalidad adecuada (art. 906); las figuras del abuso del derecho (art. 1071) y la buena fe (art. 1198) constituyeron el basamento de muchas nuevas soluciones; la *equidad* se constituyó en el fundamento de la indemnización de daños causados por actos involuntarios (art. 907, 2° párrafo), y para la morigeración de los daños causados con culpa (art. 1069); se incorporó de manera explícita la posibilidad de indemnizar los daños *in natura*, y no sólo en dinero (art. 1083); la solidaridad en ilícitos culposos (art. 1109, 2° párrafo); la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 43).

A ello, reiteramos, cabe agregar toda una serie de normas especiales, que fueron incorporándose (no sin problemas) al "sistema" del Cód. Civil, en lenta y paulatina evolución, fruto de la tarea de la doctrina y la jurisprudencia.

## § 5. El método del Cód. Civil y Comercial. Una nueva etapa

El CCyC constituye una verdadera divisoria de aguas, pues la metodología en materia de responsabilidad civil ha cambiado, de manera notable y harto beneficiosa.

El núcleo central está regulado ahora entre los arts. 1708 y 1780, en el Capítulo 1 del Título V ("Otras fuentes de obligaciones") del Libro Tercero ("Derechos Personales"). Como ya se ha indicado (v. *Obligaciones* § 26), se trata aquí —claramente— de una *causa fuente específica y tipificada de obligaciones* (además, insistimos, de otros deberes jurídicos no estrictamente obligacionales), debidamente emplazada.

Se encuentra dividida en once Secciones, didácticamente dispuestas, que van de lo más general a lo particular, en función de lo que ha sido la construcción del "sistema" en el que trabajaron tantos años la doctrina y la jurisprudencia, reflejando —en términos generales— lo que es la opinión mayoritaria sobre las cuestiones más relevantes.

Las Secciones son: 1°) Disposiciones generales (arts. 1708 y 1709); 2°) Función preventiva y punición excesiva (arts. 1710 y 1715); 3°) Función resarcitoria (arts. 1716 a 1736); 4°) Daño resarcible (arts. 1737 a 1748); 5°) Responsabilidad Directa (arts. 1749 a 1752); 6°) Responsabilidad por el hecho de terceros (arts. 1753 a 1756); 7°) Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (arts. 1757 a 1759); 8°) Responsabilidad colectiva y anónima (arts. 1760 a 1762); 9°) Supuestos especiales de responsabilidad (arts. 1763 a 1771); 10°) Ejercicio de las acciones de responsabilidad (arts. 1772 y 1773); 11°) Acciones civil y penal (arts. 1774 a 1780).

Comprende, como es lógico, la regulación de la *causa fuente* de la obligación de indemnizar, y la *estructura de dicha obligación* en particular. De allí la necesidad imperiosa de acudir al Título I (la parte general de las obligaciones) para completar el análisis.

Estas normas conforman el epicentro de un complejo sistema, al que deben integrarse multiplicidad de soluciones establecidas en variadísimas situaciones particulares dentro del CCyC, como así también en las leyes especiales.

Sin perjuicio de compartir o no las soluciones que se han abrazado en cada caso en particular (es inevitable), nuestra principal observación radica en el *desmembrado* tratamiento que se ha dado, en lo normativo, al *incumplimiento obligacional*. Si bien se ha producido la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual (art. 1716 CCyC), lo cierto es que no existe un tratamiento orgánico de a problemática, pues hay normas en la parte general de las obligaciones, y otras también en la de la responsabilidad civil (v. *Obligaciones* § 384), lo que dificulta el análisis.

De todas maneras, el cambio ha sido notable.

## § 6. Caracterización general

El sistema de la responsabilidad civil en el CCyC tiene las siguientes notas distintivas:

### *a) El daño o el peligro de daño constituyen el eje axial del sistema*

El fenómeno de la responsabilidad civil tiene como presupuesto ineludible la *previa causación de un daño* que debe ser indemnizado (o —en su caso— castigado el responsable de la conducta que lo produjo), o la provocación de una situación de *peligro de daño* que es menester neutralizar.

### *b) La denominación: "responsabilidad civil". Sus tres funciones*

Tradicionalmente, este *nomen juris* se reservó de manera exclusiva para el fenómeno *resarcitorio*. La notable evolución que experimentó la cuestión en estas últimas décadas, llevó a los juristas más destacados a proponer una nueva denominación, *Derecho de Daños*, entendiéndola como más abarcativa, en el sentido de que además de lo estrictamente resarcitorio (su función esencial), debe comprender también la función *preventiva* y la *sancionatoria* de las conductas dañosas. Sin embargo, en el CCyC se optó por mantener la denominación tradicional, pero *reformulando su contenido:* la *responsabilidad* no se agota en la función resarcitoria, que es la prevalente, sino que comprende también la *preventiva* y la *punitiva*. Entendemos que esta nueva mirada es la adecuada, por la extensión del vocablo "responder", que comprende la causación de *peligros de daño* aún no consumados (en particular, pero no solamente, en materia de derechos de incidencia colectiva).

La Comisión que elaboró el Anteproyecto justificó en estos términos las razones de la denominación, si bien —cabe aclarar— que la *función punitiva* ha sido notablemente menguada por la Comisión Bicameral, que, al introducir modificaciones al Anteproyecto, eliminó la *sanción pecuniaria disuasiva* contemplada en los arts. 1714 y 1715, razón por la cual sólo se mantienen los *daños punitivos* del art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor 24.240; y también las astreintes, cuando se apliquen para el caso de incumplimiento de resoluciones judiciales tendientes a la reparación o la prevención de los daños.

### *c) El Principio Alterum Non Laedere, de raigambre constitucional*

La CSJN, en los casos "Santa Coloma", "Ghünter" y "Luján" (todos del 5/8/1986, Fallos: 308:1160, 1118 y 1109) reconoció el

anclaje constitucional del Principio, en el art. 19 de la Carta Magna y, por ende, dicha jerarquía al principio de reparación del daño. Posteriormente lo ratificó en varios fallos, mereciendo destacarse el caso "Aquino" (del 21/9/2004, Fallos: 327:3753), en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 (que excluye y limita la reparación civil en los accidentes de trabajo). En el CCyC se ha receptado en el art. 1717: *"cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada"*.

Las consecuencias de dicho rango normativo son trascendentes (PIZARRO/VALLESPINOS): 1) Su aplicación conducirá a que las limitaciones indemnizatorias y de legitimación activa contenidas en las normas especiales deban superar el test de constitucionalidad; 2) Las legislaciones de emergencia serán inconstitucionales en tanto limiten irrazonablemente o degraden el derecho a la reparación; 3) Debería reflejarse en la omisión en que ha incurrido el legislador al no contemplar la reparación de daños en materia de privilegios; 4) Justifica la inexistencia de diferencias que debería imperar entre la responsabilidad estatal y la de los particulares, ya que en un Estado de Derecho se impone una Administración Pública responsable, que asuma las consecuencias de su accionar, sin beneficios ni privilegios.

### *d) Exclusión de la responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código de la "responsabilidad civil de los particulares"*

Si bien en el Anteproyecto se construyó un sistema especial y sumamente equilibrado de responsabilidad del estado y los Funcionarios Públicos, el Poder ejecutivo quitó todas las normas que, de alguna manera y en cualquier arista comprometían dicha responsabilidad, inclusive en las astreintes (v. *Obligaciones* § 10.c y 362), habiéndose dictado leyes especiales que disponen sobre dichas cuestiones, y que analizamos más adelante (§ 243 y ss.)

Puede afirmarse, entonces, que el sistema de responsabilidad civil está destinado sólo a los particulares, ya que todo el Capítulo de la responsabilidad civil *no* es aplicable a la responsabilidad del Estado de manera directa *ni subsidiaria* (art. 1764 CCyC), rigiéndose por las normas y principios de derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1765 CCyC), al igual que la de los funcionarios y empleados públicos (art. 1766 CCyC).

### *e) Unificación relativa de la responsabilidad contractual y extracontractual*

Como se analiza más adelante (§ 14 y ss.), se han unificado las dos órbitas de responsabilidad en aquello que les era común, sin perjuicio de subsistir importantes diferencias derivadas de su diferente naturaleza.

### *f) El principio de reparación plena del daño. Sus alcances*

En el art. 1740 del CCyC se dispone que *"la reparación del daño debe ser plena"*. Sin embargo, cabe advertir que *no son resarcibles todos los daños que en la fenomenología natural se derivan causalmente de un suceso*. Existe una *limitación* de las *consecuencias* indemnizables, e incluso diferente en la responsabilidad contractual y la extracontractual (arts. 1727 y 1728 CCyC). De todas maneras, ésta constituye la *base* que luego, en ciertas situaciones puede eventualmente ser más o menos extensa, lo que supone una compleja interacción e integración de las soluciones de la ley (§ 121 y ss.).

### *g) El daño moral*

Se ha ampliado la legitimación para la reparación del daño moral, y su contenido, además de adoptarse un criterio específico para su cuantificación (art. 1741 CCyC - § 105 y ss. y 157 y ss.).

### *h) El daño patrimonial. Clases y presunciones de daño*

Además del daño emergente y el lucro cesante, se ha consagrado la *pérdida de chances* como una de las especies del daño resarcible patrimonial, unánimemente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia (art. 1738 CCyC); además se han establecido algunas presunciones *iuris tantum* de daño patrimonial, además de las antes existentes (arts. 1745 y 1746 CCyC).

### *i) La antijuridicidad. La responsabilidad por actos lícitos*

Se ha reformulado normativamente el concepto de *antijuridicidad* (art. 1717 CCyC), manteniéndosela como un presupuesto de la responsabilidad, en función del principio *Alterum Non Laedere*, pero

enervándola cuando la conducta está justificada. La responsabilidad por actos lícitos dañosos, por ende, es excepcional.

*j) Los factores de atribución*

Se han consagrado nuevos factores objetivos de atribución, postulados por la doctrina y la jurisprudencia en el marco del Cód. Civil (por ej., en materia de accidentes de tránsito —art. 1769 CCyC—), o modificando normas expresas (en la responsabilidad de los padres —arts. 1754 y 1755 CCyC—). En muchos supuestos se ha explicitado también la existencia de responsabilidad *subjetiva* (por ej., en el de los profesionales liberales —art. 1768 CCyC—). Debe destacarse que en ausencia de normativa, el factor de atribución es *la culpa* (art. 1721 CCyC).

*k) La relación causal y sus eximentes*

Se ha mantenido, en términos generales, las reglas del Cód. Civil, ratificándose la vigencia de la *teoría de la causalidad adecuada* (art. 1726 CCyC), y ajustándose varias soluciones en las que se responde por caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento (art. 1733 CCyC). Las eximentes también han sido calibradas en función de dichos parámetros (arts. 1729 y 1731 CCyC).

*l) La distinción entre obligaciones de medios y de resultado*

Como ya se ha analizado (v. *Obligaciones* capítulo 15, § 194 y ss.), se ha receptado en materia obligacional tal distinción de las relaciones de obligación.

*m) Determinación de concurrencia o solidaridad en caso de pluralidad de responsables*

En el supuesto en el que existe más de un responsable, la ley determina si la obligación resarcitoria es solidaria o concurrente, habiéndose ampliado los casos de solidaridad.

*n) Existencia de normas procesales en el Cód. Civil y Comercial*

Se han incorporado importantísimas normas vinculadas a la prueba de los presupuestos de la responsabilidad (arts. 1734 a 1736 CCyC).

*o) Incidencia del Análisis Económico del Derecho*

En varias normas del CCyC la doctrina del análisis económico del derecho se ha hecho presente, como por ej., en la indemnización por lesiones o incapacidad (art. 1746 CCyC - § 156.c).

*p) Constituye un sistema de "compensación" entre los individuos vinculados por la relación jurídica, y no de seguridad social o mecanismos asistencialistas*

La indemnización de los daños consiste "*en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie*" (art. 1740 CCyC). Por ende, es un mecanismo de *compensación* del detrimento sufrido, que debe ser diferenciado de los instrumentos que brindan la seguridad social u otros sistemas asistenciales (como ciertos fondos compensatorios existentes en otros países para algunos daños).

*q) La dignidad de la persona, epicentro de toda la construcción jurídica*

La tutela de la dignidad de la persona (art. 51 CCyC) también se manifiesta, y de manera notable, en la responsabilidad civil, mediante la ampliación de las fronteras del daño moral, la inembargabilidad de ciertos créditos resarcitorios (art. 744 CCyC), y la potenciación de la protección resarcitoria respecto de los daños causados a la integridad psicofísica de las personas.

*r) Andamiaje normativo*

Como se ha señalado, las normas contenidas entre los arts. 1708 y 1780 del CCyC constituyen el epicentro del sistema, que debe ser interpretado e integrado con las restantes normas del propio CCyC y las normas especiales. En el art. 1709 se estatuyen las reglas de la *prelación normativa* que se derivan de la coexistencia de normas generales y especiales, disponibles o no.

*s) Tutela de los derechos individuales y de incidencia colectiva*

En el art. 14 del CCyC se reconocen en el CCyC los derechos individuales y los de incidencia colectiva. En el Anteproyecto estaban

incorporados los derechos individuales homogéneos. Todo ello tenía su correlato en los arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto, en los que se disponía el régimen de la reparación de daños a los derechos de incidencia colectiva, y que fueron eliminados por el Poder Ejecutivo Nacional en el Proyecto. Sin perjuicio de esto último, no dudamos en afirmar que la protección a tales derechos *existe* (incluso los individuales homogéneos), aunque es necesaria una regulación especial por la particular situación jurídica que suponen los derechos de incidencia colectiva.

## § 7. Los "presupuestos" o "elementos" de la responsabilidad civil y los deberes jurídicos subsecuentes

La locución "presupuestos de la responsabilidad civil" tiene larga data, y en rigor de verdad hace referencia a los elementos esenciales y los requisitos de estos últimos, que debe reunir un acto, para constituirse en causa fuente idónea de la obligación de indemnizar.

Así como todo acto jurídico tiene "elementos esenciales" (sujetos, objeto, causa final y forma), y cada uno de ellos debe reunir ciertos requisitos para que el acto sea válido y produzca efectos jurídicos, lo propio acontece con aquel acto que es causa fuente de la obligación de indemnizar. Tradicionalmente se ha hecho referencia al "acto ilícito", en sentido amplio (y no sólo como sinónimo de antijuridicidad); pero en razón a que desde siempre —aunque limitadamente— existió la responsabilidad por actos lícitos, es conveniente referirse a los "presupuestos" o "elementos" de la responsabilidad civil, con la aclaración aquí formulada.

Sin embargo, la consagración legislativa de la *acción preventiva autónoma* (arts. 1711 y ss.), y la existencia de la *función punitiva* (aunque acotada a las relaciones de consumo), trae aparejado que deban distinguirse *diversos* presupuestos de las distintas responsabilidades que surgen en cada caso. En caso de reunir los requisitos respectivos, nacen los deberes jurídicos de cada caso, y la correspondiente *acción* (en sentido sustancial) para su titular, a fin de hacer efectivos aquéllos, en caso de incumplimiento.

### *a) Del derecho resarcitorio*

Siguiendo a la doctrina tradicional, y siendo que ello es lo que se ha plasmado en el CCyC, los presupuestos de la responsabilidad civil por *daños* son: 1) Una *acción u omisión antijurídica;* 2) La atribución *causal* (en términos de causalidad eficiente) de dicha conducta antijurídica a un sujeto, que se denomina *nexo de causalidad;* 3) Un

juicio de reproche a la conducta, que se denomina *factor de atribución*; 4) La causación de un *daño resarcible* a un tercero, que debe guardar *nexo de causalidad* con la conducta.

Si confluyen estos cuatro presupuestos, *nace la obligación de indemnizar* a cargo del "dañador" (deudor) y a favor de la "víctima" (acreedor).

Cada uno de ellos debe, a su vez, reunir una serie de requisitos propios, razón por la cual entran a jugar las *eximentes* de responsabilidad. Si bien lo analizamos más adelante, la *antijuridicidad* en ciertos casos no es presupuesto de la responsabilidad, y también existe una serie de *presunciones* respecto a los otros tres elementos.

### *b) De la acción preventiva*

Esta figura novedosa en el derecho argentino (si bien existía en ciertos ámbitos, como el derecho del consumo), tiene los siguientes presupuestos: 1) Una *acción u omisión antijurídica;* 2) El nexo de causalidad en orden a la conducta, atribuible a un sujeto; 3) La causación de un *peligro de daño* que pueda afectar a un tercero, aunque quedan legitimados para accionar "quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño" (art. 1712 CCyC).

De manera explícita se indica en el art. 1711 del CCyC que no es exigible la concurrencia de un *factor de atribución*; aunque exista (por ej., una conducta dolosa).

Si confluyen los tres presupuestos, *nace el deber jurídico de evitar la producción del daño, o su agravamiento, cuya determinación corresponderá al juez en función de lo peticionado, pero también podrá éste disponerlos de oficio* (art. 1713 CCyC).

### *c) De la acción punitiva. Remisión*

Al no existir una norma general, que ha sido eliminada del Anteproyecto, corresponde analizar exclusivamente la situación de los *daños punitivos* del art. 52 bis de la ley 24.240. Lo hacemos en el § 116 y ss.

## § 8. La normativa aplicable. Las reglas de prelación normativa

En el art. 1709 del CCyC se dispone: *"Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de*

*alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código".*

La existencia de una "parte general" de la responsabilidad civil, debe ser necesariamente interpretada e integrada con multiplicidad de normas especiales, existentes tanto en el CCyC como en leyes particulares.

Además debe recordarse que no se trata sólo de la responsabilidad extracontractual, sino también de la contractual u obligacional. Por ende, en particular, cabe aquí también el análisis de los arts. 963 y 1082 del CCyC.

En el primero se dispone respecto a las reglas de prelación normativa en materia contractual, en términos similares al art. 1709: *"Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código".*

En el art. 1082 del CCyC (también emplazado en la parte general de los contratos), se dispone para los casos de extinción, modificación y adecuación de los contratos: *"Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato; b) la reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado; c) de haberse pactado la cláusula penal, se aplica con los alcances establecidos en los arts. 790 y ss.".*

Existen *dos* cuestiones a considerar: la relación "ley general/ley especial", y la existencia o no de normas indisponibles (o sea, de orden público).

Si existe una norma especial, ésta prevalece sobre la general, aun cuando en el inc. a) del art. 1709 el orden sea inverso (GALDÓS); por su parte, tienen prevalencia las normas indisponibles por sobre la autonomía de la voluntad, y esta última por sobre las normas supletorias, de la ley especial (en primer lugar), y de la norma general (en última instancia); en estos dos últimos casos, si es que no existe una regla emanada de la autonomía de la voluntad.

La solución es la análoga en materia contractual (art. 963 CCyC), y en el art. 1082 inc. a) se dispone (también en el mismo sentido), que

en primer lugar deben aplicarse las normas propias de cada tipo contractual, y en segundo lugar las generales. Ello resulta de la remisión al Título V, que no es sino al art. 1709 del CCyC.

Así, por ej., en materia ambiental han de aplicarse en primer término las normas indisponibles de la ley 25.675, luego las indisponibles del CCyC, y subsidiariamente la autonomía de la voluntad, las normas supletorias de la ley especial, y las de la normativa general sobre responsabilidad.

En el contrato de transporte, por ej., la responsabilidad civil está regulada en primer lugar por los arts. 1286, 1291, 1293, 1310 y 1311 —entre otros— del CCyC, normas que deben ser aplicadas en primer término, y luego las restantes, en el orden de prelación antes indicado (GALDÓS).

Si se trata de una relación de consumo, en primer lugar son aplicables las normas privativas de dicha figura, y las restantes en dicho orden de prelación.

## § 9. Diferencias con otras figuras

### *a) Con la responsabilidad penal*

La originaria confusión entre ambas responsabilidades hoy no existe. Si bien es posible promover la acción resarcitoria en sede penal (art. 29, Cód. Penal), y existen interinfluencias entre la acción civil y penal cuando se fundan en el mismo hecho, las diferencias son claras y determinantes (PIZARRO/VALLESPINOS):

*(i) El interés tutelado.* En la responsabilidad civil esencialmente se protegen intereses particulares, aunque también de la comunidad en general, en la órbita de los derechos de incidencia colectiva. La responsabilidad penal está destinada a la prevención y punición de los *delitos*, estando comprometido el interés público primordialmente.

*(ii) Tipicidad.* En la responsabilidad civil rige el principio de la *atipicidad* del ilícito; en cambio en la responsabilidad penal impera rígidamente la regla de la *tipicidad,* ya que no hay delito sin la calificación de la conducta como tal por el legislador.

*(iii) Hecho propio y ajeno.* La responsabilidad civil puede originarse por un hecho propio, o por uno ajeno que responsabiliza al no autor (es la *responsabilidad indirecta*). La responsabilidad penal sólo se verifica por el hecho propio.

*(iv) Factor de atribución.* La responsabilidad civil puede ser subjetiva u objetiva; la responsabilidad penal siempre es subjetiva.

*(v) Naturaleza del efecto de derecho.* En la responsabilidad civil, la indemnización del daño no constituye una *sanción* al dañador, aunque en ciertos casos su *dolo* puede agravarla; la responsabilidad penal *castiga* a quien ha delinquido, mediante la imposición de una *pena.* De todas maneras, en el ámbito del derecho civil y comercial existen las *penas civiles,* como la cláusula penal, las astreintes, y los daños punitivos.

*(vi) Graduación de la pena y el resarcimiento.* En la responsabilidad penal, la pena se mensura en función de la conducta obrada por el delincuente. En la responsabilidad civil, el daño se mensura de acuerdo al principio de reparación plena y las consecuencias indemnizables en cada caso; el reproche de conducta del dañador en principio no tiene incidencia, aunque puede justificar una reducción del resarcimiento por razones de equidad, si no ha existido dolo (art. 1742 CCyC).

*(vii) Existencia de daño.* La existencia de daño resarcible no es determinante en la responsabilidad penal, que puede existir sin aquél. No hay derecho al resarcimiento en la responsabilidad civil sin daño resarcible, en tanto que los deberes jurídicos de prevención surgen de la existencia de un *peligro de daño* en las condiciones de los arts. 1710 y ss. del CCyC.

*(viii) Autonomía de la voluntad.* En la responsabilidad penal la autonomía de la voluntad se encuentra sumamente acotada, sólo para los casos de *suspensión de juicio a prueba* (*probation*), en las condiciones que la ley establece. En la responsabilidad civil existe un importante margen para la actuación de la autonomía de la voluntad (incluso puede ser renunciada), pero siempre con el límite de la existencia de normas indisponibles.

*(ix) Sistema procesal.* En la responsabilidad penal el sistema es *inquisitivo;* en tanto que en la responsabilidad civil, en principio el sistema es *dispositivo,* sin perjuicio del importante rol *activista* que se le ha asignado al juez, tanto en la prevención del abuso del derecho (art. 10 CCyC), como en la acción preventiva (art. 1713 CCyC), en donde debe actuar de oficio.

*(x) Certeza. Apreciación de la culpa.* En la responsabilidad penal, ante la incerteza o la duda, prima el principio de inocencia, razón por la cual no es factible la condena del imputado. En la responsabilidad civil existe un amplio andamiaje de *presunciones,* tanto legales como *hominis.* De allí que la apreciación de la culpa es más afinada o rigurosa en materia penal, y más amplia en materia civil.

*(xi) Carga de la prueba.* En materia penal, la prueba está a cargo de quien acusa; en la responsabilidad civil, la carga probatoria se distribuye entre las partes de acuerdo a diversas disposiciones en casos concretos (por ej., art. 1735 CCyC), incluso invirtiéndose cuando existe alguna presunción.

### *b) Con los mecanismos de socialización de daños*

La causación de daños ha dejado de ser una cuestión netamente *individual*, para constituirse en un *problema social*. Ello se debe a que, cada vez más, las *repercusiones* de los actos dañosos exceden a los directamente involucrados, y se proyectan hacia la comunidad. Piénsese en la pandemia de los accidentes de tránsito, en donde los costos de la curación de los heridos suele trasladarse al Estado (por su deber de atender la salud pública); la pérdida de productividad, o derechamente de la *vida* de una persona, importa también una pérdida económica para la sociedad en general, además de las múltiples derivaciones que ello trae causalmente.

En los países desarrollados, con economías estables y sin corrupción estructural, en ciertos ámbitos específicos se está transitando de un sistema "individualista" a un sistema "solidarista" de reparación de ciertos daños. El Estado, a través de *fondos* de reparación los resarce; y estos fondos son sostenidos por la comunidad a través de sus impuestos. El Estado *es* una suerte de "asegurador" del "riesgo social" (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Todo ello, claro está, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades individuales de quienes causan los daños, en donde las consecuencias suelen ser muy severas para los dañadores. En todos estos casos, los *presupuestos* de la responsabilidad civil se difuminan, ya que la sola causación del daño es requisito para acceder a la indemnización, que siempre es *limitada, pero que asegura un mínimo razonable de reparación* (sin perjuicio de que se deba responder por el excedente). Además, claro está, no se cubren todos los riesgos, sino solamente los más importantes.

Las diferencias con la *responsabilidad civil*, como se observa, son evidentes.

### *c) Con el enriquecimiento sin causa. Remisión*

Hemos analizado el tema en *Obligaciones* § 700.e.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ALTERINI, Atilio A., "Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil", LL del 30/7/2012, p. 1.

GALDÓS, Jorge M. en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - DE LORENZO, Miguel F. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*.

JALIL, Julián E., "La aplicación del art. 7° del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil", RCCyC del 19/10/2015, p. 151.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, "¿Responsabilidad civil o derecho de daños?", en *Revista de derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 9 y ss.

PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Araujo, Buenos Aires, 1943.

SÁENZ, Luis R. J., "La aplicación de la ley con relación al tiempo y el derecho de daños", RCCyC del 16/12/2015, p. 148.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código", LL del 14/10/2015, p. 1; LL 2015-E-1155.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado", RCyS 2015-II-5.

CAPÍTULO II

# ÓRBITAS DE RESPONSABILIDAD

## I. ANTECEDENTES. EL CÓD. CIVIL

### § 10. Introducción

Es indispensable efectuar una somera descripción del sistema de responsabilidad civil en el Cód. Civil, en orden a las órbitas de responsabilidad: la contractual (u obligacional, según algunos) y la extracontractual (o no obligacional).

Es que si bien se ha producido la unificación entre ambas, ésta *no ha sido absoluta*, subsistiendo importantes diferencias. Además, la *responsabilidad precontractual* y la *postcontractual* también son ámbitos diferentes, con reglas propias, que necesitan ser debidamente abordadas, para lo cual debe comprenderse el sistema anterior, base del actual.

### § 11. Culpa contractual y culpa extracontractual en el derecho francés

En el Cód. Civil francés se consagró un régimen diferente para la responsabilidad emanada del incumplimiento contractual, de aquella por los daños producidos fuera de dicho ámbito. El influjo del derecho francés fue notable, y VÉLEZ, siguiendo a ABRY y RAU, consagró el sistema dual.

Señala VINEY, citando a SAINCTELETTE, que la distinción parte de una oposición radical entre la ley y el contrato, como únicas fuentes de obligaciones, en donde la responsabilidad que emerge de la primera tiene por finalidad asegurar el respecto de las leyes, en tanto que la segunda busca asegurar el respeto de los contratos, situaciones ambas diferentes. Agrega que la tesis de la dualidad

fue combatida por la de la unidad, aunque minoritaria, iniciada por GRANDMOULIN, quien postuló que se trate de una obligación legal o una contractual, toda lesión causada por el deudor o un tercero es un delito, siendo indiferente el origen de la obligación violada. PLANIOL siguió estas ideas (minoritarias en aquel momento), señalando que la teoría de la pluralidad de culpas carecía de bases, partiendo de una apreciación ilusoria, pues el concepto de culpa es uno solo.

Este contrapunto motivó, en el derecho francés, todo un replanteo del problema, mediante la formulación de varias tesis intermedias, en el sentido de que no existían dos responsabilidades sino más bien dos regímenes de responsabilidad con algunas particularidades específicas.

## § 12. Noción y replanteo del concepto

En Argentina, el art. 1107 del Cód. Civil constituía la norma que dividía las aguas entre ambos sistemas: *"los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título, si no degenerasen en delitos del derecho criminal"*. El "Título" en cuestión se nominaba: *"De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos"*.

La distinción, pues, en un primer momento se formuló respecto de la responsabilidad *contractual* y la *extracontractual*. La primera era la que derivaba del incumplimiento de obligaciones cuya *causa fuente* era un contrato; en tanto que la segunda correspondía a la responsabilidad emergente de la causación de daños por "actos ilícitos", definido ello por exclusión a la primera, siendo —en definitiva— la consecuencia de la violación del deber genérico de no dañar a otro.

Sin embargo, en los últimos años del siglo pasado el concepto (y la denominación) de responsabilidad contractual sufrió un ensanchamiento: algunos autores (LLAMBÍAS, WAYAR, VÁZQUEZ FERREYRA, PIZARRO/VALLESPINOS), y también alguna jurisprudencia, comenzaron a postular que en rigor de verdad cabía referirse a responsabilidad *por incumplimiento obligacional*, sin distinguir la causa fuente: en tanto y en cuanto se incumpliera una *obligación preexistente*, la responsabilidad era la *mal llamada* contractual; y por exclusión, si se causaba un daño *sin* que haya existido el incumplimiento de una obligación previa, la responsabilidad era extracontractual, y derivada de la violación del principio *alterum non laedere*. Se postuló que no existía diferencia sustancial alguna que justificara excluir de la responsabilidad "contractual" a las obligaciones que no emergían de un contrato, pese a la letra del art. 1107 del Cód. Civil, pues siempre se

trataba de un vínculo jurídico *calificado*, por oposición a los casos de responsabilidad contractual, en donde la obligación de resarcir nace de la violación de un deber genérico no obligacional.

## § 13. Las diferencias entre ambos regímenes

### *a) ¿Existe una diferencia sustancial?*

Más allá de las consecuencias en concreto en ambos regímenes, la pregunta central radicaba en si cabía postular la existencia de diferencias ontológicas entre ambas. Recuérdese que si bien la cuestión comenzó en el terreno de la responsabilidad subjetiva, luego se incorporaron los factores objetivos de atribución (en ambos ámbitos).

Prevaleció en nuestro país la tesis de la *unidad del fenómeno resarcitorio*, señalándose que el *daño* era el elemento que conducía a tal camino (BUSTAMANTE ALSINA), pero postulándose también la existencia de *diferencias sustanciales* entre ambos regímenes (pues, en definitiva, el contrato es un instrumento de distribución de riesgos, y en ello es diferente —cuando se causa un daño— a la violación del genérico deber de no dañar a otro, pues en aquél existe un plan prestacional previo); aunque afirmándose que la *culpa* es una sola, y el concepto es unívoco. Por otra parte, los *presupuestos* de la responsabilidad son los mismos en ambos terrenos (más allá de algunas diferencias en su conformación), y muchas normas de la responsabilidad extracontractual son aplicables al campo contractual. En definitiva, la opinión generalizada postuló una *tesis intermedia*, cercana a la unificación, pero con la presencia de diferencias inevitables.

### *b) La dualidad de regímenes. Las verdaderas diferencias*

Ante la clara solución del art. 1107 del Cód. Civil (que establecía la dualidad de regímenes, y sólo permitía a la víctima optar por uno de ellos en el caso en que el incumplimiento obligacional constituyera un delito penal), la doctrina y la jurisprudencia se esforzaron en enervar muchas de las diferencias que fueron calificadas como aparentes (el régimen de la mora, la carga de la prueba, la capacidad, la indemnización del daño moral, el concepto de dolo). En tanto que se mantuvieron —esencialmente— dos de ellas insoslayables, emergentes de la misma ley: el *plazo de prescripción* (en la responsabilidad contractual, de 10 años; y en la extracontractual, de 2 años); y la *extensión del resarcimiento* (en la contractual, consecuencias inme-

diatas y las mediatas sólo en caso de dolo del deudor; en la extracontractual, consecuencias inmediatas y mediatas, y además las casuales si fueron tenidas en mira por el autor del acto ilícito). Por otra parte, mayores discusiones se generaron en orden a los factores objetivos de atribución, en donde no existía una norma relativa a la extensión del resarcimiento.

La doctrina y la jurisprudencia discutieron ardorosamente la cuestión, y con los más variados matices.

### *c) Importantes proyecciones*

Ante la insalvable situación que presentaban regulaciones diferentes en dos cuestiones *medulares* (la prescripción liberatoria y la extensión del resarcimiento), en los casos concretos el emplazamiento en uno u otro régimen devino ineludible.

Por cierto que existían supuestos (la gran mayoría) en los que ello era relativamente sencillo (en un accidente de automotores, la responsabilidad era extracontractual entre ambos conductores, por ej.; en tanto que los daños derivados del incumplimiento de un contrato de obra, por ej., claramente emplazaban la cuestión en la responsabilidad contractual).

Sin embargo se presentaban muchos *casos dudosos* y *zonas grises*, que motivaron profundos debates, y con soluciones contrapuestas en algunos casos. Entre otros:

*(i) Acción de los damnificados indirectos en la responsabilidad contractual.* Por ej., los padres de un sujeto que fallecía por una mala praxis médica. La responsabilidad en general se calificó como extracontractual.

*(ii) Responsabilidad precontractual.* Ante la ausencia de un régimen específico, la doctrina se encontraba dividida entre quienes sostenían el carácter contractual (VON IHERING, FAGGELA, DEMOLOMBE, SALEILLES, PLANIOL), y los que postulaban que era extracontractual (entre otros, BUSTAMANTE ALSINA - BREBBIA - LLAMBÍAS - LORENZETTI).

*(iii) Transporte de personas.* Se generó un interesante contrapunto en orden a determinar *cuándo* se consideraba celebrado el contrato (en particular, cuando el hecho dañoso se producía *antes* del ingreso del pasajero a la unidad de transporte); igualmente, respecto de la naturaleza de la responsabilidad del chofer (dependiente del transportador) frente al pasajero. BUSTAMANTE ALSINA sostenía que era extracontractual, al no existir un vínculo jurídico previo entre ambos.

*(iv) Transporte benévolo.* Más arduas eran las discusiones en este caso. En nuestro país, sostenían la responsabilidad contractual LÓPEZ DE ZAVALÍA, LÓPEZ OLACIREGUI, MOSSET ITURRASPE y KEMELMAJER DE CARLUCCI; en tanto que la extracontractual —mayoritaria— era postulada por ALTERINI, LÓPEZ CABANA, ACUÑA ANZORENA, BORDA, BREBBIA, BUSTAMANTE ALSINA, COLOMBO, GHERSI, LLAMBÍAS, MALAGARRIGA, ORGAZ, TRIGO REPRESAS, y COMPAGNUCCI DE CASO, con el argumento de la falta de celebración de un contrato (BORDA).

*(v) Responsabilidad del Estado.* Se discutía arduamente si la responsabilidad del Estado, cuando existía algún tipo de vínculo previo (por ej., en los centros de salud), era o no contractual. Prevaleció la tesis extracontractual.

*(vi) El derecho del consumo.* La aparición de la ley de Defensa del Consumidor 24.240, con la consagración de la solidaridad de la cadena de producción y comercialización frente al consumidor (art. 40, t.o. ley 24.999 de 1998), motivó a que algunos señalaran que había desaparecido la distinción, en tanto que otros lo negaban con el argumento —atendible— de que no se disponía allí respecto de la extensión del resarcimiento, aunque la prescripción liberatoria había sido unificada en el plazo de 3 años (art. 50), lo que sin embargo tampoco estaba exento de contrapuntos interpretativos.

## II. RESPONSABILIDAD "OBLIGACIONAL" Y "NO OBLIGACIONAL" (O "EXTRACONTRACTUAL") EN EL CÓD. CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

### § 14. Una nueva norma

En el art. 1716 del CCyC se dispone: *"Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código"*. Este artículo importa la consagración de la *unificación* del régimen de responsabilidad, pero *de manera relativa* —como se verá— pues subsisten importantes diferencias entre las diversas causas fuentes de las diferentes obligaciones resarcitorias.

### § 15. Las distintas órbitas. Denominación y contenido

Definitivamente, *no es lo mismo* incumplir una obligación que violar el deber genérico de no dañar, pues se trata de situaciones jurídicas diferentes.

En la *relación de obligación* existe un *plan prestacional*, cuyo contenido está previamente determinado, y al cual las partes deben

ajustar su conducta; más complejo es cuando la obligación proviene de un contrato. El fenómeno del *cumplimiento e incumplimiento obligacional* tiene reglas propias y muchos matices, como se ha analizado a partir de *Obligaciones* § 287.

La *violación del deber de no dañar*, por su parte, tiene también sus propias notas identitarias. No existe un plan prestacional previo, pero sí *deberes jurídicos no obligacionales* que deben ser observados por la comunidad, a fin de evitar la causación de daños a terceros, y cuya violación entraña el nacimiento de responsabilidad civil. Su contenido se encuentra más o menos determinado, según el caso, yendo de lo más simple (por ej., en una pelea callejera entre dos personas, donde el deber de no dañar a otro *puro* surge prístino) a situaciones más complejas (el caso de un médico que atiende una emergencia en la vía pública y comete mala praxis).

En nuestra opinión, el nuevo sistema ha quedado configurado de la siguiente manera:

### *a) Unicidad del fenómeno resarcitorio*

Existe un tratamiento unitario de la cuestión, en el sentido de que *la Teoría General* abarca todos los supuestos. Los principios, los presupuestos, las eximentes, a nivel conceptual, son los mismos. Legislativamente, el núcleo central se encuentra entre los arts. 1708 a 1780 del CCyC, a lo que cabe agregar —como ya se ha dicho— varias normas generales vinculadas al incumplimiento obligacional. A la luz de este sistema central, deben acomodarse las restantes normas especiales, bajo las reglas del art. 1709 del CCyC (§ 8).

### *b) Distinción de diferentes órbitas*

De todas maneras, la distinta naturaleza de las situaciones jurídicas genera reglas particulares, privativas de cada una de ellas, dentro de la misma Teoría General. En nuestra opinión, cabe estructurar la problemática como sigue:

*(i) Responsabilidad civil "obligacional"*. La responsabilidad por incumplimiento obligacional en el CCyC admite dos subespecies:

*(i.1) Responsabilidad "obligacional" en general*. Comprende los daños derivados del incumplimiento de *toda* obligación preexistente, *cualquiera* sea su causa fuente.

La determinación del incumplimiento *imputable* a una de las partes se rige por las reglas generales que antes hemos estudiado (v. *Obligaciones* § 383 y ss.).

*(i.2) Responsabilidad "contractual".* En nuestra opinión, se trata de un *subtipo* de responsabilidad dentro de la general por incumplimiento obligacional, ya que existen *reglas específicas que sólo se aplican para el caso de incumplimiento de obligaciones de fuente contractual.* El criterio de la "previsibilidad contractual" (art. 1728 CCyC) claramente estatuye un régimen *particular* respecto de las consecuencias indemnizables; lo propio sucede con la *configuración del incumplimiento relevante* que justifica la resolución del contrato, que debe reunir los requisitos del art. 1084 CCyC, y las reglas también *privativas* de la reparación del daño en caso de incumplimiento *contractual* del art. 1082 del CCyC. Todo ello, sin perjuicio de la normativa específica en cada tipo contractual, tanto para calibrar el cumplimiento/incumplimiento, como para el resarcimiento de ciertos daños.

Es por demás evidente que se trata de un régimen particular y específico en muchas aristas, sin perjuicio de ser tributario del género próximo (el incumplimiento obligacional en general) y de la teoría general de la responsabilidad civil.

*(ii) Responsabilidad civil "no obligacional" (o "extracontractual").* Por exclusión, es la que surge (como lo indica el art. 1716 CCyC) de la violación del deber genérico de no dañar, en las condiciones antes señaladas.

En rigor de verdad, su denominación debería ser "responsabilidad por violación del deber genérico de no dañar", y no *en negativo.* De todas maneras, la locución *"extracontractual"* goza de acendrada tradición jurídica, y en tanto y en cuanto quede en claro que lo extracontractual es sinónimo de *"no obligacional",* debe admitirse el empleo de esta fórmula. Las utilizaremos como sinónimos.

## § 16. Lo unificado

Existe una misma *Teoría General* de la responsabilidad civil, que se proyecta *a todas* las situaciones dañosas, o que entrañan peligro de daño.

Los *presupuestos* de la responsabilidad civil (antijuridicidad, nexo causal, factor de atribución y daño) se predican en ambos campos, y *conceptualmente* con un único significado. Se han borrado algunas diferencias que podían generar algún matiz en cada caso, lo que es harto saludable.

Señala PICASSO que se han unificado varios aspectos relevantes: el plazo común de prescripción liberatoria (de 3 años —art. 2561 *in fine* CCyC—), sin perjuicio de los plazos especiales; el comienzo del curso de los intereses (art. 1748 CCyC), que no se computan desde la mora, sino desde la producción del perjuicio; la legitimación para reclamar por daño moral (arts. 1737 y 1741 CCyC); el régimen para el caso de pluralidad de responsables (art. 1751 CCyC).

Agrega, en opinión que no compartimos, que la extensión del resarcimiento y la desaparición de la obligación de seguridad general, constituirían dos aspectos más que evidencian la unificación.

## § 17. Las diferencias

Empero, existen notas identitarias particulares en las diversas situaciones, que cabe poner de manifiesto, pero que no enervan la pertinencia de la teoría general.

### *a) La distinción entre el valor de la prestación y los mayores daños*

En la responsabilidad *obligacional* en general, la imposibilidad absoluta por causas imputables al deudor *desdobla* los derechos del acreedor, ya que por una parte tiene derecho a solicitar el *valor* de la prestación frustrada, y además los *otros* daños derivados del incumplimiento (PICASSO). Remitimos a *Obligaciones* § 390, donde hemos desarrollado el problema, y criticado la solución de la ley (art. 955 CCyC).

### *b) La diferente extensión del resarcimiento*

En la responsabilidad extracontractual y en la obligacional en general, se resarcen en principio las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726 CCyC). En cambio, en la *responsabilidad contractual*, rige el criterio de *previsibilidad contractual* para determinar la extensión del resarcimiento (art. 1728 CCyC).

*c) Factor de atribución*

Si bien en ambos casos son subjetivos u objetivos (art. 1721 CCyC) en la responsabilidad obligacional éste se determina mediante la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, cuestión ajena a la responsabilidad extracontractual (v. *Obligaciones* § 199).

*d) Configuración de la antijuridicidad*

El concepto de antijuridicidad es unívoco (art. 1717 CCyC), pero su configuración no. En el campo extracontractual, resulta de la violación del deber genérico de no dañar, en tanto que en el obligacional debe establecerse la existencia de *incumplimiento* obligacional (con todo lo que ello implica), conducta que si es de autoría de alguna de las partes, lleva las cosas al terreno de la antijuridicidad, *haya o no daño* (v. *Obligaciones* § 388), ya que el incumplimiento obligacional produce muchos otros efectos jurídicos.

*e) Régimen de la mora*

Si bien es el mismo para ambos casos, las *excepciones* a la mora automática sólo se predican de la responsabilidad obligacional (art. 887 CCyC).

*f) La obligación de seguridad*

PICASSO sostiene que ella se ha eliminado —en cuanto obligación tácita general— en el CCyC, al no haberse incorporado alusión alguna a ella (lo que es exacto), y por estar consagrada en la gran mayoría de los casos, en particular en las relaciones de consumo, normativa aplicable a multiplicidad de situaciones. En nuestra opinión, y siguiendo a PIZARRO en esta discusión, entendemos que en materia obligacional subsiste la obligación en cuestión (§ 84).

*g) Actuación de la autonomía de la voluntad previa al daño*

En la responsabilidad extracontractual el régimen es de orden público, y es impredicable su modificación o renuncia previa al hecho dañoso. En la *obligacional* es factible pactar (aunque muy limitadamente) cláusulas de limitación de la responsabilidad (art. 1743

CCyC), y algunos efectos vinculados al *caso fortuito* (art. 1733 CCyC - v. *Obligaciones* § 428 y 429).

### *h) La responsabilidad indirecta*

En la responsabilidad extracontractual, el régimen de la responsabilidad por el hecho ajeno se encuentra —valga la expresión— "tipificada", estableciéndose los varios supuestos en que procede, y cuyo contenido es sumamente amplio. En la *obligacional* lo es más aún: el deudor responde por el hecho de *todas* las personas de las que se sirve para la ejecución de la obligación (art. 732 CCyC).

### *i) Ley aplicable en materia de derecho internacional privado*

Como bien lo advierte PICASSO, los contratos se rigen, en principio por el derecho elegido por los contratantes. En defecto de elección por las partes, se aplica la ley del lugar de cumplimiento o, de no poder determinarse éste, la del lugar de celebración del contrato (art. 2652). En el ámbito extracontractual, en cambio, se aplica la ley del país donde se produce el daño, independientemente de aquel donde haya tenido lugar el hecho generador. Sin perjuicio de ello, cuando el sindicado como responsable y la víctima tienen su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de ese estado (art. 2657).

### *j) Valuación convencional del daño*

Es privativo de la responsabilidad obligacional la posibilidad de pactar una *cláusula penal*, lo que es impredicable en la responsabilidad extracontractual.

## III. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

### § 18. Noción

El contrato no es un acto jurídico que surja por generación espontánea, sino que es fruto del acuerdo de dos o más voluntades.

Aunque parecería el "punto de partida" de la relación jurídica que se entabla entre las partes, es más bien un eslabón (tal vez el más

importante) de una "relación" que se ha gestado con anterioridad al momento de su celebración.

Ese instante constituye la gran divisoria de aguas de lo que podríamos llamar dos "momentos" en el "iter" contractual: el anterior, que se denomina "etapa precontractual"; y el que sigue a la celebración, denominado "etapa contractual".

Podría decirse que históricamente el derecho centró su mirada en la segunda etapa. Ello en especial pues a partir de la celebración nacen el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan a las partes. Es la etapa donde el vínculo entre ellas se desarrolla en toda su plenitud.

Sin embargo, y fundamentalmente a partir de VON IHERING comenzó a prestarse atención a la etapa previa a la celebración del contrato.

Ello pues, como ya lo dijimos, la concreción del acuerdo es generalmente el fruto de una negociación previa entre las partes, de mayor o menor intensidad.

Consiste en el desarrollo de un típico proceso de comunicación entre los futuros contratantes, el cual comienza con un primer acto de comunicación: las partes se "contactan" y plantean su intención de llegar a un acuerdo que satisfaga sus intereses. Muchas veces esa etapa es casi imperceptible, pues dura pocos instantes; por ej., en las compraventa de un alimento en un kiosko. Sin embargo, ese "contacto", esa "comunicación" inicial a primera vista "instantánea" con la celebración final del contrato, puede haber sido producto de un acto de comunicación anterior (ej., una publicidad). Pero otras veces, ese primer acercamiento no es suficiente para la celebración del contrato. Es común que las partes necesiten conocer más, y se inicia allí todo un proceso, que suele demandar tiempo, en el cual las partes irán comunicándose mutuamente sus necesidades, se irán conociendo, y en base a la información con que cuenten, tomarán la decisión que mejor convenga a sus propios intereses, evaluando la utilidad del negocio.

La finalidad de las partes en esta etapa es, fundamentalmente hacerse de toda la información necesaria sobre el negocio que pretenden realizar. Con ello, podrán evaluar su conveniencia. Además, en muchos casos, *conocer* a su co-contratante. Cada vez más, la *confianza* con quien está al frente suele ser un *elemento clave* en la celebración de un contrato.

En el art. 1067 del CCyC, en materia de interpretación, se dispone: *"Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad*

*que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".*

La trascendencia de esta etapa es, pues, enorme. Y, en principio, cabe afirmar que *las partes pueden retirarse de la negociación*, ya que tienen la libertad de contratar o no. Sin embargo, ello debe ser obrado de buena fe, y a medida que las negociaciones avanzan tal posibilidad se va acotando. La eventual formulación de una oferta genera una situación jurídica diferente, que limita aún más el margen de actuación.

Surge allí la siguiente pregunta: ¿qué ocurre si alguna de ellas ha sufrido daños derivados causalmente de la frustración en la celebración del contrato? ¿Deben ser indemnizados?

Muchas veces las partes han realizado gastos; han perdido tiempo; tienen una legítima expectativa en la celebración del contrato, tanto en lo económico como en lo espiritual; ese contrato frustrado podría haberle reportado importantes ventajas económicas; el eventual contratante, al esperar la celebración de este acuerdo, podría haberse negado a suscribir otros similares. Todo ello queda desbaratado.

Ésta es la cuestión que busca resolver la denominada "Responsabilidad Precontractual".

## § 19. La estructura del Cód. Civil y Comercial en la etapa precontractual

En el CCyC se ha tomado una posición definida. Los contratos se "concluyen" con la *recepción* de la aceptación de una oferta, o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo (art. 971 CCyC). Entre los arts. 972 y 983 del CCyC se disponen sobre la situación jurídica y los efectos de la *oferta contractual*. Luego, entre los arts. 990 y 993 del CCyC se regulan las *tratativas contractuales*.

Por ende, *la etapa precontractual comienza con el primer "contacto" entre los futuros contratantes, y culmina con la celebración del contrato en las condiciones del art. 971 del CCyC.*

En todo este interregno, *antes del contrato* (Sozzo), pueden presentarse múltiples vicisitudes. Entendemos que la divisoria de aguas lo es la formulación o no de una oferta contractual, lo que genera *dos* situaciones jurídicas diferentes: la de las *tratativas contractuales*, y la

que se genera con la *formulación de la oferta*, cuya "fuerza obligatoria" está consagrada en el art. 974 del CCyC.

## § 20. Los orígenes de la responsabilidad precontractual

El primer jurista que se dedicó a estudiar sistemáticamente el fenómeno fue VON IHERING, en 1860. Él acuñó la expresión *"culpa in contrahendo"* para la responsabilidad civil del período de formación del consentimiento (previo al contrato). Se incurre en ella ante el apartamiento intempestivo y arbitrario de uno de los contratantes luego de emitida la oferta (CUIÑAS) o la que hace derivar la nulidad del contrato, especialmente por el error (TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA). La responsabilidad sería "contractual", porque se viola un "acuerdo tácito para negociar". Sólo se debe resarcir el "daño al interés negativo", que equipara al daño emergente.

Luego en Italia, FAGGELA en 1906 toma el tema. Lo llama *"responsabilidad precontractual"*, y señala que esta etapa no comienza con la emisión de la oferta, sino que tiene su origen con el inicio de las meras tratativas. Tanto la etapa anterior como la posterior a la oferta pueden generar responsabilidad, pero con una intensidad distinta, siendo también diferente la responsabilidad. También señala que la responsabilidad es contractual, porque existe ese acuerdo tácito para negociar, que se encuentra violado.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

## § 21. Las principales discusiones

### *a) Fundamento*

En todos los autores, sentencias y legislación que abordan el tema, el fundamento esencial (más allá de la naturaleza contractual o extracontractual de esta responsabilidad), gira en torno a la *violación del principio de buena fe.*

Es la buena fe la que impone ese comportamiento leal y honesto, con probidad y rectitud entre las partes, y que impone: 1) El deber de iniciar y mantener una negociación con *seriedad*; 2) El deber de *no ocultar* a la otra parte información necesaria que, valorada en el caso concreto, coadyuve a la celebración del contrato. Ello, obviamente, no implica "decir todo", pues hay secretos que es legítimo no revelar. Pero, dependiendo del caso concreto, el deber de buena fe impone comunicar a la otra parte ciertas circunstancias relevantes; 3) El de mantenerse en la negociación en tanto y en cuanto vayan solventando sus diferencias,

pero pudiendo apartarse sin obrar de mala fe. Como señala LE TOURNEAU, "las partes no deben poner fin brutalmente, y sin previo aviso, a la relación". Agrega COBAS: "la propia definición de *negociación* lleva ínsito un propósito, una finalidad que observamos es común a todos los participantes en la misma. Los negociadores tienen confianza en que la negociación los llevará al contrato. Nadie negocia en los términos de un futuro contrato para no contratar, salvo que no lo haga de buena fe". Ello no implica, obviamente, que uno no pueda retirarse o mantener una negociación en contra de sus propios intereses.

El actuar entonces violando ese deber que la buena fe impone, hace incurrir en *antijuridicidad* a la conducta.

### *b) Emplazamiento de la cuestión. Importancia*

*(i) Teorías contractualistas.* VON IHERING señaló que no es posible aplicar la *lex aquilia,* porque no está la situación en los supuestos previstos taxativamente por ella. La culpa se produce *mientras se contraída la relación contractual,* y de allí la locución *culpa in contrahendo.* Por ello la responsabilidad sería *contractual.* FAGGELA, como se dijo, postulaba la violación de un acuerdo tácito para celebrar el negocio (adhieren DEMOLOMBE, SALEILLES, PLANIOL). La crítica esencial radica en que esta teoría parte de una ficción: la existencia implícita de un pacto sobreentendido de que se negocia de cuya obligación derivaría la obligación de resarcir.

*(ii) Teoría extracontractualista.* Se postula que no existiendo una relación contractual previa, necesariamente la cuestión debe emplazarse en el ámbito extracontractual (entre otros, BUSTAMANTE ALSINA - BREBBIA - LLAMBÍAS - LORENZETTI).

## § 22. El régimen del Cód. Civil y Comercial. La responsabilidad precontractual por la ruptura de las tratativas

En nuestra opinión, existen claramente *dos ámbitos* de la responsabilidad precontractual: el que se genera en función de las *tratativas contractuales,* y el que surge a partir de la *oferta.* Analizamos brevemente la primera, en razón de que por su especificidad, la segunda se estudia en el ámbito de los contratos.

La clave, como se ha señalado, radica en el *retiro intempestivo* de alguno de los interesados, produciendo daños al restante, desde que la *regla* es la posibilidad de retirarse, lo que no puede ser de otra manera, como se establece en el art. 990 del CCyC: *"Libertad de nego-*

*ciación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento".*

### *a) Antijuridicidad de la conducta*

Se configura por la violación del *principio de buena fe*, lo que se concreta en la existencia de múltiples deberes de conducta. El art. 991 del CCyC reza: *"Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato".*

Es importante señalar que la mayor "intensidad" a la que hemos hecho referencia cuando nos referimos a que la facultad de retirarse es menor a medida que avanzan las tratativas, incide directamente sobre la calificación de esa conducta como antijurídica, y no en la extensión del resarcimiento.

Los principales deberes son: *información* (tal vez el medular, en especial en la etapa precontractual, cuya violación —además— puede llevar a la nulidad de la celebración del contrato por vicios en el consentimiento, y cuya importancia en estos tiempos es capital - v. *Obligaciones* § 173); *colaboración; custodia; brindar seguridad; deber de lealtad; deber de retirarse de manera tempestiva y no arbitraria.* Además, se ha potenciado el *deber de confidencialidad*, con una norma específica: *"Deber de confidencialidad. Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento"* (art. 992 CCyC).

### *b) Relación causal y eximentes*

Se aplican aquí las reglas generales sobre el tema; rige, pues, la teoría de la causalidad adecuada.

Es menester aclarar que muchas veces quien se retira de las tratativas no es el "responsable" sino que puede serlo otro "pre-contratante". En efecto, suele

ocurrir que quien "aparentemente" es el autor de la frustración del contrato, se ha retirado de las tratativas en razón de los incumplimientos de la otra parte. Es evidente que la autoría se traslada a este último quien, finalmente, deberá responder por los daños ocasionados. Juega aquí también un rol preponderante el *hecho de la víctima* en la determinación de la responsabilidad por los daños.

### *c) Factor de atribución*

Existen discusiones al respecto.

En términos generales, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia señala que el factor de atribución es subjetivo (BORDA, LLAMBÍAS, etc.). Algunos distinguen la culpa *in contrahendo* de VON IHERING (posterior a la oferta) de la culpa "anterior" a ese momento. Nosotros preferimos hablar, en sentido amplio, de "culpa" o, si se quiere, de "culpa precontractual". No existen diversas categorías de culpa. Los objetivistas (FAGGELA - SPOTA - MOSSET) señalan que se responde con prescindencia de la culpa, por el sólo hecho de incurrir en abuso del derecho, lo cual trasladaría las cosas al plano de los factores objetivos de atribución.

En el marco del CCyC, se ha dicho que el factor de atribución debe ser, en este caso, *subjetivo*, doloso o culposo (R. STIGLITZ).

En nuestra opinión, depende del tenor del *deber jurídico en concreto que se ha incumplido*. Brindar seguridad, por ej., o cualquier deber precontractual en las relaciones de consumo, tienen un factor *objetivo* de atribución. Lo propio sucede, entendemos, con el importante deber de confidencialidad. Dependerá, pues, del caso concreto y, para el supuesto de que no pueda calificarse como objetivo, la responsabilidad será subjetiva.

### *d) Los daños resarcibles*

En el art. 991 del CCyC se dispone que *"El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato"*.

*(i) Daño patrimonial.* Si bien la expresión es algo oscura, se ha tomado partido por la posición que sustenta que el daño *patrimonial* resarcible es el denominado *"daño al interés negativo"*, que es el sufrido por haber confiado en la validez del negocio y que no hubiera padecido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas (BUSTAMANTE ALSINA); y no el *"daño al interés positivo"*, que es

el daño "de cumplimiento", o sea, la privación de las ventajas que se habrían obtenido de consumarse el contrato (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Comprende el *daño emergente* (esto es, las pérdidas efectivamente sufridas, sea el daño pasado o futuro) y, en nuestra opinión, aunque excepcionalmente, el lucro cesante o pérdida de chances, pero excluido lo que se hubiera ganado mediante el contrato mismo. Por ej., por la circunstancias de haber dejado de contratar con otro. En tanto constituyan consecuencias indemnizables (inmediatas o mediatas previsibles), entendemos que cabe su reparación. También, entendemos, si las negociaciones estaban *sumamente avanzadas*, somos de la opinión que —aunque excepcionalmente— cabría indemnizar pérdida de chances por el negocio frustrado, en tanto y en cuanto exista causalidad adecuada. La cuestión, sin embargo, es polémica, y la ambigua locución que se emplea en el art. 991 del CCyC no la resuelve.

*(ii) Daño moral.* No tenemos duda alguna de que es resarcible, en razón de la amplitud de la disposición del art. 1741 del CCyC, y porque el art. 991 no lo excluye.

*(iii) El caso especial de la violación del deber de confidencialidad.* Se dispone en el art. 992 *in fine* del CCyC que si quien incurrió en dicha conducta *"ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento"*.

En nuestra opinión, *no se está aquí ante la acción general del enriquecimiento sin causa* (ya que es muy probable que no exista empobrecimiento de la otra parte), ni tampoco ante una acción resarcitoria *stricto sensu* (desde que la otra parte puede no haber experimentado daño resarcible alguno, y difícilmente podría calificarse como pérdida de chances). En rigor de verdad, se trata de una *acción autónoma, fundada en el enriquecimiento sin causa como principio, pero que no tiene un régimen específico más allá de lo que aquí se dispone:* como es injusto e inicuo haber obtenido ganancias en razón del incumplimiento de este deber jurídico, el *beneficio* se traslada a la otra parte, siempre en la medida del enriquecimiento del incumpliente (v. *Obligaciones* § 699).

### *e) Naturaleza de la responsabilidad*

Existe un deber jurídico, ahora explícitamente consagrado en el art. 991 del CCyC, además de las disposiciones de los artículos si-

guientes, y algunas normas especiales. Va de suyo que la responsabilidad no es estrictamente *contractual,* pero cabría preguntarse si ingresa en el cupo de la responsabilidad por *incumplimiento obligacional en general,* que antes hemos analizado (§ 15). En nuestra opinión ello es así, ya que no se trata, en muchas situaciones, de un mero *deber jurídico genérico,* sino que la concreción, ente las partes, de los deberes de informar, guardar confidencialidad, brindar seguridad, etc., lleva las cosas al terreno obligacional.

Aunque —en definitiva— no se presentan en este caso las diferencias que hemos apuntado con anterioridad entre ambos regímenes, debido —especialmente— a la existencia de *reglas propias* para la configuración de la responsabilidad, un régimen resarcitorio específico en materia de daño patrimonial, y la vigencia del plazo general trianual de prescripción.

## IV. RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL

### § 23. Caracterización

La situación poscontractual se caracteriza porque el contrato ya se ha celebrado, habiéndose cumplido todas y cada una de las obligaciones que de él emergen, y el vínculo se encontraría aparentemente extinguido por causa de dicho cumplimiento. Sin embargo esta última cuestión no es tan así.

En efecto, "Si las prestaciones principales del contrato concluyen insatisfechas la responsabilidad será contractual —ni precontractual ni postcontractual— y el caso se resolverá por alguno de los tres supuestos del art. 505 del Cód. Civil. El período postcontractual se extiende en el tiempo hasta un plazo indeterminado que a mi entender debe coincidir con el de la prescripción liberatoria" (LEIVA FERNÁNDEZ).

Así las cosas, "la responsabilidad postcontractual tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes *después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido.* Aun cuando, en rigor de verdad, nada impide que estas obligaciones accesorias cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad postcontractual, hayan sido expresamente convenidas por las partes" (TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA).

## § 24. La naturaleza de la responsabilidad

No existía en el Cód. Civil, ni la hay en el CCyC ni en la Ley de Defensa del Consumidor, alguna norma que explícitamente disponga sobre la responsabilidad postcontractual. Sólo existen algunas previsiones legales en materia de responsabilidad por vicio o ruina en el contrato de obra (VALLESPINOS).

En el art. 1063 del Proyecto de 1998 se regulaba el "*postcontrato*" en los siguientes términos: "*Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título. c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones*".

La escasa doctrina autoral que se ha ocupado del tema discrepa a la hora de asignarle un marco jurídico a las situaciones dañosas que pueden presentarse.

Así para unos lo que corresponde es la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual cuando se comete culpa después del contrato, o al costado del contrato (ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA). Sin embargo el maestro ALTERINI ha señalado que el incumplimiento de deberes contractuales accesorios o secundarios, aunque las obligaciones principales hayan sido cumplidas, no está después del contrato, sino dentro del contrato, del cual se sigue que la responsabilidad emergente debe ser calificada como contractual.

Por otra parte se ha sostenido que a la responsabilidad postcontractual cabe aplicar, según los casos, las reglas de la contractual o la extracontractual, agregándose que "no se me escapa que la dificultad reside en fundar cómo, habiéndose extinguido el contrato —al menos en sus prestaciones principales— puede subsistir la naturaleza jurídica contractual que califique a la responsabilidad ocasionada en hechos posteriores al contrato. Y —sobre todo— lo más difícil será establecer una regla clara para asignar carácter contractual a algunos hechos de los producidos con posterioridad al contrato, y a otros no" (LEIVA FERNÁNDEZ).

En nuestra opinión, la responsabilidad postcontractual tiene un ámbito especial, distinto del contractual o extracontractual, que en algunos casos encuentra el dispositivo jurídico apropiado que la rige y en otros permanece el vacío (VALLESPINOS/OSSOLA).

Es lo que ocurre, por ej., en materia de responsabilidad por ruina o vicios ocultos. Allí, cuando el contrato ha terminado por haber mediado la entrega

del *opus*, existen una serie de disposiciones legales que resuelven el tema de una manera muy alejada a los principios y disposiciones referidas tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. Es que no podría ser de otra manera pues en los casos de ruina, por ej., la responsabilidad es típicamente postcontractual (VALLESPINOS).

De todas maneras, y ante la ausencia de normativa, somos de la opinión que *debe aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, en particular las derivadas del criterio de previsibilidad del art. 1728 del CCyC.*

En este orden de ideas aunque para todo tipo obligacional, se ha señalado que la responsabilidad postcontractual "no está fuera del contrato sino que constituye una fase particular del desarrollo del mismo" (TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA). Existen supuestos en los que el deber de buena fe, la razonabilidad, o incluso las consecuencias propias del contrato extinguido imponen ciertas conductas que, pese a la extinción del vínculo, eran exigibles; y de allí que su incumplimiento derive en responsabilidad postcontractual a las que cabe aplicarles las reglas de la contractual (por ej., en materia de garantías, continuación de la locación, deber de confidencialidad, etc. —LEIVA FERNÁNDEZ—).

La gran mayoría de los casos se resuelven por las normas de la responsabilidad contractual con fundamento en que se trata (los deberes incumplidos) de consecuencias razonables del contrato mismo, que ya se ha extinguido, pero que de todas maneras se prolongan en el tiempo.

## § 25. El caso especial de la obligación de informar postcontractual

La obligación, como tal (v. *Obligaciones* § 173) existe y encuentra recepción normativa en el art. 4° de la ley 24.240, y en el art. 1100 del CCyC.

Como bien se ha señalado, "no parece desatinado interpretar que la referencia del art. 4° de dicha ley a '...todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee...' engloba, también, esa posibilidad de información postcontractual" (ACCIARRI). FARINA agrega que el deber de información incluye toda la información que resulte indispensable después de entregada la cosa, para un disfrute adecuado de ésta, de acuerdo con su naturaleza, complejidad y riesgos".

Uno de los casos de información en esta etapa expresamente legislados es el relativo al que surge de la aparición de los riesgos de desarrollo (§ 199.h), respecto a lo cual se ha señalado que se "establece una obligación propia y es-

pecífica a cargo del proveedor de bienes y servicios que, a nuestro entender, más que una obligación meramente administrativa pretende ser una consagración expresa del deber de advertencia en materia postcontractual" (QUAGLIA).

Se agrega en sentido concordante que "la conclusión del contrato no implica para las empresas la extinción de su deber jurídico de informar, ya que los prestadores de bienes y servicios se encuentran obligados, en caso de que adquieran conocimiento de su peligrosidad con posterioridad a la introducción de los mismos en el mercado, a comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes, volviendo en esta oportunidad a ser masiva" (LOVECE).

Sin embargo, la cuestión no se agota en este último deber. La totalidad de las normas que regulan lo atinente a las garantías y el servicio técnico de post venta conforman un complejo entramado, con reglas propias, que extienden la vinculación más allá de la celebración del contrato y el cumplimiento de las obligaciones que de él emergen (arts. 11 a 14 de la ley 24.240).

Entonces podemos observar claramente que el deber de información se eleva considerablemente como el instrumento eficaz para asegurar el real cumplimiento de las diversas obligaciones que emergen en cabeza del proveedor en la etapa postcontractual.

## § 26. Efectos

Siendo que el contrato se ha celebrado debidamente y se han extinguido las obligaciones que de él emergen, no puede operar en él ninguna ineficacia estructural.

De la misma manera, no es válido predicar la existencia de ineficacias funcionales (resolución o rescisión) derivadas del incumplimiento de estas obligaciones que ya se encuentran extinguidas.

Sin embargo entra a tallar fuertemente la figura de *la frustración del fin del negocio jurídico,* que podrá provocar, sin lugar a dudas, una suerte de ineficacia de efectos análogos a la resolución. Decimos análogos, pues no se puede resolver ni rescindir lo que ya no existe. Es que la pervivencia del contrato constituye el *prius* lógico insoslayable para que pueda funcionar la figura de la resolución contractual.

En rigor de verdad, la situación derivada del incumplimiento de las obligaciones que emergen en la etapa postcontractual se define por las reglas de la reparación de los daños ocasionados, aunque aquí asume modalidades muy especiales. Es que se privilegia la reparación *in natura.*

En este sentido el art. 17 de la ley dispone "*en los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder*".

Es evidente que la sustitución de la cosa adquirida constituye el más típico caso de indemnización *in natura;* la quita proporcional del precio importa la indemnización por el menor valor del producto. Y lo propio lo es la devolución de la cosa y la restitución del precio, aunque las semejanzas con los efectos de la resolución son más que innegables. Es como si el contrato hubiera revivido, para automáticamente extinguirse por esta resolución *sui generis,* que origina para las partes la obligación de restituirse lo que se hubieran mutuamente entregado. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la indemnización de *otros* daños que se hubieran causado.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ACCIARRI, Hugo A. - CASTELLANO, Andrea, "Las garantías legales en las relaciones de consumo y la información. Algunas consideraciones económicas y jurídicas acerca de sus efectos", ED del 8/3/1999, p. 1.

BERSTEN, Horacio L., "Una interpretación restrictiva de la información", LL del 9/11/2009, p. 7.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-31.

HERSALIS, Marcelo, "Responsabilidad precontractual. Algunas pautas", RCyS 2015-IV-24.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "La responsabilidad postcontractual", LL 2002-D-1336.

LOVECE, Graciela, "El derecho a la información de consumidores y usuarios como garantía de protección de sus intereses económicos y extraeconómicos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 2009-1 ("Consumidores"), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 449/483.

MÁRQUEZ, José Fernando, "La unificación de las normas de la responsabilidad civil", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* del 17/11/2014, p. 151.

PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, noviembre 2014, p. 151.

QUAGLIA, Marcelo C., "La obligación de seguridad y el deber de información en la relación de consumo", RCyS 2006-1.

RINESSI, Antonio J. - REY, Rosa N., "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Principios generales", en *Revista de Derecho de Daños*, 2015-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 87 y ss.

SOZZO, Gonzalo, *Antes del contrato*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

STIGLITZ, Rubén A. - STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perror, Buenos Aires, 1992.

VALLESPINOS, Carlos G. - OSSOLA, Federico A., *La obligación de informar en los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

VALLESPINOS, Carlos G., "El principio del equilibrio contractual en el derecho del consumo" en VALLESPINOS, Carlos G. (dir.), *Contratos. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1999, p. 39.

CAPÍTULO III

# PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LA ACCIÓN ANTIJURÍDICA. SUS EXIMENTES. RESPONSABILIDAD CIVIL SIN ILICITUD

## § 27. Introducción. La crisis de la antijuridicidad

Tradicionalmente la *antijuridicidad* o *ilicitud* de la conducta fue considerada un presupuesto ineludible de la responsabilidad civil. Sin embargo en estas últimas décadas el concepto entró en una profunda crisis, llegándose a afirmar que la sola causación de un daño injustamente sufrido habilitaba a la víctima a solicitar su reparación (en tanto existiera causalidad y un factor de atribución). En el CCyC se ha *mantenido* a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, aunque *reformulándose* su contenido (aunque no, en nuestra opinión, sus bases conceptuales), siguiéndose a la doctrina mayoritaria sobre la cuestión.

Además, como también se aceptaba con anterioridad, existe *responsabilidad civil por actos lícitos*, aunque ésta es excepcional.

Pero, antes de ello, es necesaria la existencia de una *acción*, esto es, un *obrar humano*.

## I. LA ACCIÓN

### § 28. El hecho humano como requisito necesario para la atribución de responsabilidad

Toda asignación de responsabilidad civil en cabeza de una persona presupone la existencia de un *obrar del hombre,* aún en los casos de responsabilidad por el hecho de terceros, o por el hecho de las

cosas. En estos últimos casos, el ordenamiento, mediante la aplicación de las reglas de la *causalidad*, imputa materialmente el hecho a quien se encuentra incurso en determinada situación jurídica, con absoluta prescindencia de su voluntariedad.

El *hecho humano* se contrapone al *hecho de la naturaleza*, que *desplaza* hacia sí la autoría en el suceso dañoso (por ej., un terremoto), aunque pueden existir supuestos de concausalidad entre un hecho humano y uno de la naturaleza.

Y puede acontecer por *acción* o por *omisión*, en tanto ambas conductas sean causalmente relevantes en el plano jurídico para imputarlas materialmente a su autor. La omisión presenta mayores problemas, como se analiza más adelante, aunque adelantamos que en el CCyC se ha elongado el deber de actuar y, por ende, se ha extendido la responsabilidad por omisión.

En definitiva, sin conducta, sin hecho humano, no hay derecho y, por ende, no hay responsabilidad (MOSSET ITURRASPE).

## § 29. La acción y los actos involuntarios

### *a) Caracterización*

El concepto de "acción" no se reduce a los actos obrados con voluntad plena (discernimiento, intención y libertad). Abarca también aquellas situaciones en las que existe un mínimo de participación subjetiva del hombre, en cuanto tal.

Ésta es la concepción que, en nuestra opinión, se ha recogido en el CCyC (y que era postulada por la mayoría de la doctrina), en particular por lo que surge de la lectura de los arts. 1749 y 1750. En este último, en su 2° párrafo, se dispone que *"El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza"*. Es por demás evidente que en tal supuesto *no hay técnicamente un "acto"*, sino que la persona actúa como un *objeto*, como un *instrumento* de la fuerza propinada por otra (el clásico ejemplo de quien es empujado y, a su vez, lesiona a otra persona; o un accidente de automotores "en cadena", donde la fuerza de uno arrastra a otro el cual, a su vez, impacta contra un tercero).

Se recoge, así, la doctrina que postula que "el acto supone *autoría, acción,* lo cual quiere decir comportamiento humano, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad, y a condición de que ese comportamiento refleje la personalidad del sujeto" (BUERES), agregando más adelante que ello abarca a los involuntarios "en la medida en que la conducta sea controlable o en que existan posibilidades de control", señalándose gráficamente: "la acción es la conducta humana voluntaria o involuntaria, que posee *mismidad* o *atribuibilidad* en relación con el sujeto... O sea que la acción se trasunta como una emanación de la persona".

### *b) La cuestión en los actos involuntarios*

Cuando la persona obra sin discernimiento, sin intención o sin libertad moral (esto es, bajo amenazas), *cabe predicar la existencia de acción y, por ende, de autoría de la conducta.* De hecho, el art. 1750 del CCyC (al igual que el art. 907 del Cód. Civil, aunque con un régimen diferente), *atribuye responsabilidad civil a su autor.*

En el art. 260 del CCyC se indica que el *acto voluntario* es aquél ejecutado con *discernimiento, intención y libertad, y que se manifiesta por un hecho exterior.* En el art. 261 del CCyC se establece cuáles son los actos involuntarios *por falta de discernimiento.* Luego se dispone sobre el *error* (arts. 265/270 CCyC), el *dolo* (arts. 271/275 CCyC) y la *violencia* (arts. 276/278 CCyC).

Lo que aquí ocurre es que esa persona *no es imputable (en sentido estricto) por la carencia de voluntariedad: no puede obrar ni con dolo, ni con culpa, porque éstos suponen la voluntad plena del sujeto.* En definitiva, *hay acción* pero el sujeto no es imputable.

### *c) Los actos reflejos y estados de inconciencia*

Ante lo indicado, quedarían fuera del concepto de *acto* —y por ende, no existiría responsabilidad— en aquellos supuestos en los que falte la *emanación de la persona* antes aludida, y que serían los actos reflejos o los estados de inconsciencia total

A ellos se hacía expresa referencia en el Proyecto de 1998, atribuyéndose responsabilidad a quien los obra. Pero en el CCyC nada se indica respecto a aquellas situaciones en las que la persona humana actúa no en cuanto tal, sino únicamente sometido a las leyes físicas y biológicas. Los casos son trascendentes: piénsese, por ej., en un estornudo mientras se conduce un automotor, o en una descompensación,

y se provoque un siniestro; o que lo mismo le ocurra a un neurocirujano durante su actividad profesional; los estados de sonambulismo, etc.

Si se los considerara sin más como *hechos naturales*, al no ser *actos*, quedarían excluidos, pues se equipararían al caso fortuito, y —por ende— su agente no respondería por los daños causados al no existir *autoría* (RIVERA, MAYO).

Ante tal carencia, nuestra interpretación es la siguiente.

Debe distinguirse los actos *reflejos* (a los que cabe agregar los movimientos que se verifican en determinadas condiciones patológicas), que *no* expresan de ninguna manera las tendencias y el carácter de su autor; de los *instintivos* (determinados por impulsos internos) y los *habituales* (originariamente voluntarios, pero automáticos, por repetición) (MAYO). En los dos últimos, como tienen "valor sintomático de la personalidad humana" (MAYO), *hay acto;* contrariamente a los *actos reflejos*, los estados de inconsciencia total, las actitudes de de una persona en determinadas condiciones patológicas o mórbidas, aunque en muchos casos existen situaciones harto dudosas (BUERES).

En función de ello, debe concluirse que los actos *reflejos* del hombre deben ser considerados *hechos jurídicos naturales* y, por ende, el sujeto queda *liberado* de responsabilidad si causa un daño en esas condiciones. Es que el art. 1750 del CCyC sólo se refiere a "actos". De todas maneras, cargará con la *prueba* de la existencia de dicha situación (arg. arts. 1734 y 1735 CCyC), asumiendo las consecuencias negativas en caso de incerteza (se entenderá que hubo un *acto*).

En los restantes supuestos, habrá *acto*, que cuando deba reputarse *involuntario,* activará —si se ocasiona un daño— la solución del art. 1750.

Pero hay que analizar cada situación en concreto.

En primer lugar si el sujeto provoca de alguna manera esta situación (por ej., una persona con epilepsia que no toma los medicamentos que le han sido prescriptos, y causa un daño en un trance de su enfermedad), deberá considerarse que es "culpable" del "caso fortuito", y por ende, responderá no ya bajo el imperio de lo establecido en el art. 1750, sino bajo las reglas de los actos voluntarios (arg. arts. 1733 inc. d] y 1749).

Además, si se trata de un caso de responsabilidad objetiva por actividades riesgosas, y la situación constituye una "contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad" (por ej., el caso del siniestro automovilístico producido por una descompensación del conductor), contemplada en el art. 1733 inc. e), la cuestión se resolverá por las reglas de dicha responsabilidad objetiva, y no por las del art. 1750. Es que, en tales situaciones, habrá que analizar si se está en presencia de "un casus *interior* o interno (conexo o inherente al riesgo de la cosa)" que no puede ser computado como caso fortuito, "pues está *dentro* del riesgo propio o específico de la cosa o de la actividad desarrolladas y no es, por ende, extraño o ajeno al responsable" La 'interioridad' del hecho lo torna previsible objetivamente" (PIZARRO).

Por último, y fuera de estos casos, debe imperar la regla general: en los actos *reflejos y los asimilables a éstos* no hay *acto*, sino *hecho de la naturaleza,* por lo cual no hay autoría del sujeto, sino caso fortuito; no así en los *instintivos* y en los *habituales.*

## II. LA ANTIJURIDICIDAD

### § 30. Introducción

El obrar de una persona es antijurídico cuando, confrontado con las normas que regulan la vida en sociedad, vulnera alguno de sus preceptos. La locución "antijuridicidad" debe ser considerada sinónimo de *ilicitud.*

Ambos vocablos se emplean con idéntico significado, aunque preferimos el primero pues, como dice ZAVALA DE GONZÁLEZ "ilicitud" es más cercano, ontológicamente, a "ilegalidad", o sea, a violación de la "ley", en tanto que "antijuridicidad" es un concepto más amplio, y que trasciende la mera violación de la ley positiva.

Existen sistemas en donde la antijuridicidad está regulada mediante figuras ilícitas "típicas" (el BGB alemán —arts. 94 a 97—, y los sistemas del *Common Law*): otros elaborados sobre la base de una "cláusula "general de no dañar" (el Cód. Civil francés —art. 1382—, el italiano —art. 2043—, etc.), y sistemas eclécticos que combinan la fórmula general y un elenco de figuras típicas.

BGB art. 94. "Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado. Código Suizo, art. 41.1 "aquél que cause, de una forma ilícita, un daño a otro,

sea intencionalmente, sea por su negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo". Código italiano, art. 2043. "cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga a aquél que ha realizado el hecho a reparar el daño". Código portugués, art. 483.1 "Aquél que, con dolo o mera culpa, violase ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al dañado los daños resultantes de la violación". Código holandés, art. 162.1 "aquél que comete un acto ilícito que le puede ser imputado respecto de otro, está obligado a reparar el daño que éste haya sufrido".

Sin embargo se aclara que las diferencias entre los dos primeros se acortan, pasando a ser más aparentes que reales, pues en el típico se han ido creando "válvulas de escape", y en el "general" se ha buscado dotar de mayor certeza al sistema, creando algunas figuras.

*La gran diferencia queda reducida a cuál debe ser el "principio general", para el caso de las situaciones no contempladas, y tiene su consecuencia en la función que debe desempeñar el juez: en el sistema general, él debe determinar la existencia de antijuridicidad, en tanto que en el típico la cuestión ya está resuelta.*

### § 31. La antijuridicidad sólo se predica de las conductas humanas

Esto significa que *no* lo es respecto de su resultado, *el daño*. Es frecuente que muchos autores y jueces se refieran al "daño ilícito" o "daño injusto" como si se tratara de un fenómeno único, esto es, "acción" y su consecuencia, el "daño", unidos de manera inescindible.

Sin embargo ello importa un serio error conceptual, pues, como dice ZAVALA DE GONZÁLEZ, la antijuridicidad sólo es referible a las conductas del hombre, las que pueden calificarse como lícitas o ilícitas, pero nunca su consecuencia, en nuestro caso, el *daño*. En palabras de BUERES, "la antijuridicidad pertenece a la conducta, y no al daño". Aunque, agrega la recordada jurista, el daño sea "injusto", porque es, precisamente "injusto tener que sufrirlo. Es que la injusticia del daño no presupone forzosamente la antijuridicidad del hecho que lo causa.

### § 32. La necesaria distinción entre "Acto Ilícito" y "Acto Ilícito Punible"

Ambos conceptos deben ser cuidadosamente deslindados, pues son los que permiten ordenar el sistema, y evitan caer en contradic-

ciones y errores conceptuales. ORGAZ lo hace, y con claridad meridiana.

Cuando nos referimos al *"acto ilícito"*, entendemos que es aquél que contraría o viola el Derecho, y que es tal por su contradicción con el Ordenamiento Jurídico. Todos los actos caen bajo la consideración del derecho; y por ello, son lícitos o ilícitos. La distinción es *dicotómica,* y no es admisible postular que el acto es lícito en alguna rama del derecho e ilícito en otra.

Este concepto debe no debe ser confundido con el de *"acto ilícito punible"*.

Para el ordenamiento jurídico, esencialmente coercible, no basta que el acto sea antijurídico sin más, ya que deben darse además otros requisitos, para que aquél aplique su fuerza con toda plenitud. Y es así como surge el concepto de "acto ilícito punible" (entendido el vocablo en sentido *amplio,* y no como "pena"), en el sentido de que debe contar con ciertos elementos predeterminados por el ordenamiento jurídico en cada situación, para poder responsabilizar a su autor y asignarle un efecto jurídico concreto.

Así, el "acto ilícito punible" a los efectos de la responsabilidad civil además de ser antijurídico, deber contar con un factor de atribución, daño y relación de causalidad; y en el campo del derecho penal, el mismo deber ser típicamente antijurídico, culpable, punible (SOLER); la nulidad es una *sanción* de invalidez por adolecer el acto jurídico de un defecto constitutivo (por ende, desde esta óptica, el acto nulo es ilícito).

Por ej., la tentativa de homicidio, que no causa daño resarcible, ¿es ilícita para el derecho civil? Por supuesto que sí. Lo que ocurre es que no es "punible".

Una cosa es, pues, la calificación de un acto como ilícito, y otra muy distinta es la responsabilidad *en concreto* de su autor por el acto cometido.

## § 33. Distintas concepciones sobre el concepto de antijuridicidad

El sistema actual del CCyC en esta materia (regulado específicamente entre los arts. 1717 a 1720 del CCyC) ha sido fruto de un larguísimo proceso de depuración conceptual, que es necesario describir.

### *a) Antijuridicidad formal y material*

Esta distinción surge a partir de VON LISTZ quien señala que si la violación alcanza sólo a la "forma" de la norma, esto es, su exterioridad, a su apariencia, hay ilicitud formal; si lo que hiere es la sustancia de la norma, esto es, su contenido mismo, los valores que la ley quiere salvaguardar, hay ilicitud material.

*(i) Formal.* Nuestra doctrina, en un primer momento, adoptó la tesis formalista, en base a dos normas del Cód. Civil, que nos dicen que un acto ser ilícito cuando haya sido "expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía" (art. 1066) y que sólo habrá ilicitud, en el caso de las omisiones, "solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido" (art. 1074). A primera vista, estas expresiones parecen terminantes. SALVAT sostiene que "se requiere la existencia de una ley que prohíba el acto, tomada la palabra ley en el concepto amplio de regla social obligatoria, establecida por la autoridad pública, cualquiera sea la clase o categoría de ella". Concuerdan, entre otros, SEGOVIA, quien agrega que "sólo la ley puede hacer ilícito o punible un acto". El eje axiológico que ilumina esta concepción es el valor "Seguridad Jurídica", y la protección de la "Libertad Individual". El fundamento normativo constitucional, es el texto de los arts. 18 y 19 de dicho cuerpo.

*(ii) Material.* LLAMBÍAS propone una "comprensión racional" explicando que "no es necesario que la prohibición del acto esté expresamente consignada en la ley, bastando que surja con nitidez de su articulado". Y a partir de allí se abre el camino hacia el concepto "material" de antijuridicidad. Una de las principales críticas al formalismo, consiste en su insuficiencia a la hora de calificar como lícito o ilícito un acto, atendiendo a las expresiones literales de las normas. Detrás de la expresión gramatical de la norma jurídica, se encuentra su "contenido", la "intención" del ordenamiento jurídico" (por ej., en el homicidio). Por ello, como dice PIZARRO, "la antijuridicidad material, en cambio, tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres. La conducta materialmente antijurídica es tal, por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria a derecho, aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el sistema normativo".

En síntesis, la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas de orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos" (GOLDEMBERG).

*(iii) El Cód. Civil.* La doctrina postuló la derogación de los arts. 1066 y 1074 del Cód. Civil, por su inconveniencia a la luz de esta nueva —y razonable— interpretación, que fue la que prevaleció en la doctrina y la jurisprudencia.

*(iv) Consecuencias de este criterio.* 1) Amplía notablemente el catálogo de conductas antijurídicas; 2) Sin embargo, el principio sigue siendo la libertad de las acciones, por imperio del art. 19 de la Const. Nac.; 3) En consecuencia, "todo lo no prohibido está permitido"; 4) Las prohibiciones no serán expresas, sino también implícitas: pueden "fluir del ordenamiento, entendido éste en su totalidad"; 5) Sin embargo, un campo importante de hechos queda fuera del ámbito de la antijuridicidad: aquellos comportamientos que, no reprobados, aunque causen daño, no son "ilícitos": fundamentalmente los daños causados por omisión, y los causados a intereses "de hecho", no reconocidos de manera expresa por el ordenamiento. La situación ha cambiado en el CCyC, como se analizará.

### *b) Antijuridicidad subjetiva y objetiva*

El concepto de antijuridicidad, ¿implica una contradicción objetiva entre el comportamiento y la norma?, o ¿es necesario además la concurrencia del elemento psíquico (voluntariedad) por parte del transgresor?

*(i) Posición subjetivista.* Se ha sostenido, fundamentalmente en base al art. 1382 del Cód. Civil francés que el concepto de ilicitud se insume en el de "culpa". Que como los mandatos jurídicos tienen como destinatarios a sujetos capaces de comprenderlos y, en consecuencia, acatarlos, el Derecho sólo puede ser ofendido mediante acciones voluntarias (MOISSET DE ESPANÉS). Que los actos lícitos o ilícitos son sólo los "voluntarios", según lo dijo VÉLEZ SARSFIELD en el art. 898 del Cód. Civil, y en los arts. 1066 y 1067, que se refieren a "actos voluntarios". Que sólo se puede hablar de "acción" cuando hay voluntad, pues en el denominado acto involuntario, no hay en realidad "acto", sino un "hecho jurídico" que no puede ser ni lícito ni ilícito.

*(ii) Posición objetivista. Nuestra opinión.* Participamos de la postura de los que sostienen que la antijuridicidad surge de *confrontar el hecho humano con el ordenamiento con prescindencia de la imputabilidad o no del agente, esto es, un juicio de valor netamente objetivo.* En efecto, el concepto de "acción" no se reduce a los actos obrados con voluntad plena (discernimiento, intención y libertad). Se da cuando existe un mínimo de participación subjetiva, como ya se analizó (BUERES). Por ello es que la existencia o no de discernimiento, ser causa de exclusión de la culpabilidad, pero no de la acción. Y, como lo señalaba ZAVALA DE GONZÁLEZ, para determinar la *imputabilidad* de una persona en razón de la edad (art. 921 del CCyC), *previamente* debía establecerse si el acto era lícito o ilícito, *independientemente* de la voluntariedad de su autor. Además se advertía la contradicción con el carácter unitario de la ilicitud, ya que, por ej.,

un homicidio cometido por un menor de once años, sería ilícito para la ley civil, pero no lo sería para la ley penal, ya que en este caso, el agente no es imputable.

### *c) La tesis que postula la aplicación del principio Alterum Non Laedere, con la sola excepción de las causas de justificación*

Desde hace algunos años en nuestra doctrina autoral y, cada vez con más vigor en la jurisprudencia, comenzó a cobrar fuerza una nueva concepción de la antijuridicidad, que, tomando como punto de partida a la "ilicitud objetiva", y *avanzando sobre la concepción material, postulando que "todo acto dañoso es ilícito, salvo que medie una causa de justificación".*

La antijuridicidad de *las conductas dañosas*, se deriva no de la causación de un daño en sí misma, sino de la existencia de una *norma, cuya violación torna ilícito el acto: el principio general de no dañar,* "que es un principio general del derecho" (BUERES). El fundamento era el art. 19 de la Const. Nac., que fuera receptado por la CSJN en los casos "Santa Coloma" y "Ghünter", antes citados.

La doctrina "material", aplicada, consagraría un principio insostenible: "está permitido causar daños mediando un acto lícito". Dice ZAVALA DE GONZÁLEZ que con énfasis debe rechazarse un derecho genérico a dañar y debe tener vigencia el derecho a no ser víctima. Es inadmisible que exista un "derecho a accidentar pagando", o un "permiso para matar". Existe un cambio axiológico que justifica la solución: el presupuesto de la responsabilidad se centra en la injusticia del daño, con abstracción de la injusticia de su origen. La antijuridicidad es atípica. El "acto ilícito punible" en materia de daños, no requiere de "tipos de responsabilidad", aunque pudieran existir.

### *d) La tesis que postula la aplicación del principio* alterum non laedere *con un mayor alcance. El "daño injusto"*

Por último, se produjo un nuevo avance sobre la antijuridicidad, proponiéndose una aplicación del principio *Alterum Non Laedere* mucho más amplia que en la opinión anterior.

Sus postulados principales son (DE LORENZO): 1) El sistema se estructura a partir del detrimento *sufrido* injustamente y con independencia de la ilicitud de la conducta dañosa; 2) La tesis "material", deja sin reparación innumerables supuestos que surgen a partir de conductas "no prohibidas" o "ajustadas al ejercicio de un derecho", y que causan daños; 3) En el sistema actual, la búsqueda esforzada de "válvulas de escape", lleva casi a un mismo resultado: la desintegración del concepto de antijuridicidad; 4) Se debe prescindir de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad, de la manera en que ha sido tradicionalmente entendido. El daño debe ser resarcido porque es *injusto,* el que es tal no cuando se viola un interés digno de tutela jurídica, sino cuando se viola

la prohibición de no dañar; 4) Ello genera un replanteo de las causas de justificación: aún mediando ellas, debería hacerse lugar a la reparación, salvo cuando el daño esté justificado por un interés preponderante con relación al lesionado, a verificar en el caso concreto. Ello deberá ser efectuado por el juez, evitándose toda correlación o paralelismo automáticos entre la justificación como criterio de exclusión del resarcimiento y las denominadas causas de justificación.

## § 34. El Cód. Civil y Comercial. Caracterización y rol de la antijuridicidad

Se ha tomado partido, claramente, por la concepción *objetiva y material* de la antijuridicidad, en la vertiente que postula la recepción del Principio *Alterum Non Laedere,* con la limitación de las *causas de justificación.* En el art. 1717 del CCyC se dispone: *"cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada"*. A renglón seguido (arts. 1718 a 1720 CCyC), se dispone sobre las causas de justificación, y algunas situaciones especiales que analizaremos más adelante.

En función de ello, y de todo lo antes señalado, en nuestra opinión el sistema queda perfilado de la siguiente manera.

### *a) La antijuridicidad es un presupuesto general de la responsabilidad civil, salvo excepciones*

Tanto en su función *preventiva*, como en la *resarcitoria*, para que sea atribuida la responsabilidad civil es *en principio* condición necesaria la existencia de un *obrar antijurídico del sujeto.* El "acto ilícito punible", pues, tiene como elemento esencial (presupuesto) a la *ilicitud.*

Sin embargo, aunque excepcionalmente, *existe también responsabilidad por actos lícitos.*

### *b) La antijuridicidad se configura también mediante la causación efectiva de un daño no justificado, y ello se proyecta a todo el ordenamiento*

Como ya se indicó, la antijuridicidad es *un concepto unívoco:* si una conducta es ilícita, lo es para *todo* el ordenamiento, exista o no una reacción de éste en particular. No hay conductas que puedan ser, a la vez, lícitas e ilícitas.

Por ende, *si se causa un daño no justificado* (art. 1717 CCyC), esta conducta *es antijurídica en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas, y no sólo para la función resarcitoria de la responsabilidad civil.* Lo que ocurre es que, sin perjuicio de que eventualmente se vulnere mediante la conducta otra norma jurídica (de hecho, una misma conducta generalmente lo hace respecto de varias), *basta con que sea dañosa y que no esté justificada, para que pueda calificarse como ilícita.* Y ello es lo que interesa en la responsabilidad civil, ya que sin daño, no la hay.

### *c) En la función preventiva no es necesaria la causación de un daño efectivo, pero sí la antijuridicidad de la conducta*

En el art. 1711 del CCyC se dispone que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión *antijurídica* hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Corresponde aquí distinguir *dos* situaciones.

Si existió previamente una *conducta dañosa no justificada*, susceptible de *continuar* produciendo daños o agravarlos, existe una *previa* antijuridicidad que habilita la acción preventiva, si se verifican los restantes requisitos.

Si se trata únicamente del *peligro de daño futuro*, el art. 1711 del CCyC también exige la antijuridicidad de la conducta que, en nuestra opinión, se calificará en función de la *potencialidad dañosa no justificada* de la conducta, sin perjuicio —claro está— de que el acto vulnere además otra norma del ordenamiento.

### *d) Las causas de justificación no son sólo las contempladas en el Cód. Civil y Comercial, sino las de todo el ordenamiento*

Coherentemente con la *concepción unitaria* de la antijuridicidad, *las causas de justificación* revisten la misma calidad. En rigor de verdad, los supuestos contemplados en el art. 1718 del CCyC guardan armonía con las causas de justificación contempladas en el Cód. Penal (art. 34), y están orientadas en realidad a establecer las consecuencias en orden a la responsabilidad civil. En consecuencia, si la conducta ha sido obrada mediando una causa de justificación no contemplada en el CCyC (por ej., obediencia debida), el acto *será lícito*, aunque haya causado un daño (pues estará *justificado*, art. 1717 CCyC).

### *e) La antijuridicidad prescinde de la voluntariedad del agente (concepción objetiva)*

En efecto, queda desechada definitivamente la posición subjetivista: la ilicitud se determina por la *confrontación* del acto con el ordenamiento, *sin considerar la voluntariedad del agente*. Ello no se indica en el art. 1717 del CCyC. Además, en el art. 261 del CCyC se replica la solución del art. 921 del Cód. Civil, en orden a la determinación de la *voluntariedad por causa del discernimiento* (a los 10 años para los actos ilícitos, a los 13 —ahora— para los actos lícitos), lo que ratifica la interpretación de ZAVALA DE GONZÁLEZ de la norma anterior: el juicio de valor respecto de la licitud o no del acto debe ser *previo*, a fin de poder determinar la imputabilidad del agente.

Así, si el factor de atribución de la responsabilidad fuera subjetivo, y el agente hubiera obrado sin voluntariedad, no será responsable en dichos términos, pero no porque no haya existido antijuridicidad, sino porque el agente no es *imputable*. Además, ello *no obsta* a la *responsabilidad objetiva por actos involuntarios* del art. 1750 del CCyC, lo que confirma el carácter objetivo de la antijuridicidad.

### *f) La cuestión en los factores objetivos de atribución en la responsabilidad extracontractual*

Corolario de lo anterior, cabe aclarar que cuando se está en presencia del caso indicado, no cabe afirmar que una conducta *originariamente lícita* (por ej., comercializar el expendio de combustibles), *devenga* en ilícita ante la causación de un daño (por ej., por una explosión causada por un defecto en las máquinas). Como lo señala ZAVALA DE GONZÁLEZ, distinto de encontrar la antijuridicidad recién a partir del daño en una actividad genéricamente lícita, que en concreto puede desplegarse antijurídicamente (por ej., no observando las medidas de seguridad y causando un daño). En rigor de verdad, lo que el daño *revela* es la actividad antijurídica *previa*.

### *g) La cuestión en los factores subjetivos en la responsabilidad extracontractual*

La situación es similar (el juicio de antijuridicidad prescinde de la voluntad del agente). Pero debe aclararse que toda conducta culposa presupone la antijuridicidad, ya que ésta debe ser determinada previamente; y —por ende— pero no toda conducta antijurídica supone la existencia de culpa.

### *h) El incumplimiento obligacional como conducta antijurídica*

Sea la obligación de medios o de resultados (el factor de atribución, reiteramos, es irrelevante), si se determina la *autoría* del incumplimiento obligacional en cabeza del acreedor o del deudor, éste *deviene antijurídico salvo que medie una causa de justificación.* Es que no sólo la relación de obligación genera un derecho subjetivo para el acreedor y múltiples deberes de conducta para ambas partes (art. 724 del CCyC), sino que además en el art. 1716 se consagra como *causa* de la responsabilidad civil el incumplimiento obligacional que, por cierto, debe ser atribuible a alguna de las partes.

En síntesis, el incumplimiento obligacional —en estas condiciones— constituye una conducta antijurídica, con absoluta prescindencia de las causas que lo motivaron y sus posibles efectos (PIZARRO/VALLESPINOS).

### *i) Antijuridicidad y daño: distinción*

La ilicitud es una *calidad* de la conducta del hombre; el daño es una *consecuencia causal* de dicha conducta. La confusión entre ambos conceptos proviene de que al postularse la existencia del *"daño injusto"* (lo que es correcto), algunos lo identifican con "daño antijurídico". En rigor de verdad, lo antijurídico es el acto que causó el daño (§ 90).

### *j) El abuso del derecho y su emplazamiento en el campo de la antijuridicidad*

Algunos autores entienden que el abuso del derecho sería un factor de atribución objetivo, pues habría absoluta prescindencia de culpa, ya que, cuando el obrar se desvía de los fines de la norma, o la moral y las buenas costumbres, basta sólo la conducta, y su cotejo con los fines de la ley, o la violación de la moral, los intereses de terceros y las buenas costumbres.

Sin embargo, nosotros participamos de la opinión que postula que la cuestión debe ser emplazada en el ámbito de antijuridicidad, pues los fines de la ley, la moral y las buenas costumbres, *integran el ordenamiento jurídico,* de acuerdo a la concepción material de la antijuridicidad. El comportamiento abusivo, en apariencia lícito, es *ilícito ab initio* por tales razones. Se trata, en síntesis, de un supuesto

de antijuridicidad, con independencia del factor de atribución, que puede ser subjetivo u objetivo (§ 81).

## § 35. La omisión antijurídica

### *a) Acción y omisión*

La conducta humana puede obrarse por *acciones* u *omisiones*. Los principales problemas se suscitan con estas últimas, ya que los actos omisivos presentan una enorme dificultad a la hora de determinar si el sujeto debía obrar o no, y si su conducta *inerte* tiene o no efectos jurídicos. Cabe distinguir la *comisión por omisión* de la *omisión pura*.

*(i) Comisión por omisión*. En este caso, la persona crea un riesgo y omite el acto para neutralizarlo. En el delito de comisión por omisión, lo prohibido es la *obtención de un resultado* que se logra mediante el "no hacer" (SOLER). El análisis debe versar, pues sobre un *hecho positivo* (la creación de un riesgo) y uno *negativo posterior* (no neutralizarlo). Por ej., la madre que no amamanta al hijo y muere, o la enfermera que no suministra el medicamento.

En todos estos casos hay antijuridicidad, y la diferencia radica sólo en las modalidades materiales de la conducta: por acciones o por inacciones. Dice ZAVALA DE GONZÁLEZ que se trata de "supuestos de abstención en la acción". En la comisión, la norma ordena "no hacer" y el sujeto la infringe "haciendo" lo prohibido, por acción u omisión. Aquí el sujeto es el autor del daño.

*(ii) Omisión pura*. Esta conducta inerte, con efectos jurídicos, acontece cuando un sujeto permanece inerte frente a un acontecimiento dañoso extraño, pero debiendo actuar (pues el ordenamiento se lo impone). En el delito de omisión, lo prohibido es abstenerse de actuar. Así, si el ordenamiento impone una conducta que no se obró, la antijuridicidad surge prístina (LÓPEZ HERRERA).

### *b) La cuestión en el Cód. Civil*

En los actos de *comisión por omisión*, la determinación de la existencia o no de antijuridicidad era más sencilla, ya que —en definitiva— siempre existe un hecho positivo a valorar (la generación de la situación previa a la omisión).

El problema más acuciante estaba en la omisión propia. En el art. 1074 del Cód. Civil se consagraba la existencia de un *deber legal específico* de actuar; en

caso contrario, la omisión no genera efecto jurídico alguno. De todas maneras, la postura del *alterum non laedere* comenzó a generar una interpretación más flexible, lo que llevó a ZAVALA DE GONZÁLEZ a advertir que aunque la ley no lo imponga específicamente, *pueden ocurrir casos de abuso del derecho cuando existen pautas axiológicas que impongan al sujeto evitar el daño.* LLAMBÍAS agregaba que hay obligación jurídica de obrar, siempre que la abstención no implique un ejercicio abusivo de la libertad de actuar o quedar inactivo.

### *c) El Cód. Civil y Comercial: ensanchamiento de la responsabilidad por omisión*

No nos caben dudas de que las ideas de ZAVALA DE GONZÁLEZ fueron receptadas. El art. 1074 del Cód. Civil no ha sido replicado. Ahora, *cualquier* acción u *omisión* que causa un daño a otro es antijurídica (art. 1717 CCyC). Asimismo, el círculo se cierra con el importantísimo art. 1710 del CCyC: *toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa,* de evitar causar un daño no justificado, adoptar medidas para que no suceda o disminuir su magnitud, y no agravarlo si ya se produjo.

Es por demás evidente que *se ha elevado a deber jurídico el deber moral evitar, en cuanto de uno dependa, la causación de daños en situaciones respecto a las cuales la persona es absolutamente ajena, en donde no ha tenido intervención causal alguna.*

La fórmula legal es sumamente amplia, y —en definitiva— deberá ser concretada en cada situación en particular, atendiendo a todas las circunstancias que rodeen el suceso dañoso, o potencialmente dañino (§ 114).

## III. EXIMENTES DE LA ANTIJURIDICIDAD: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Casos de responsabilidad sin ilicitud.

### § 36. Planteo del problema. La cuestión en el Cód. Civil

¿Existen actos dañosos lícitos, y cabe asignar responsabilidad a su autor? Ello claramente depende del concepto de *antijuridicidad* que se abrace, y el rol que se le asigne como presupuesto de la responsabilidad civil.

En el marco del Cód. Civil se presentaban casos de responsabilidad por actos "lícitos" que ocasionaban daños y que generaban responsabilidad a sus autores (por ej., la búsqueda de un tesoro en predio ajeno —art. 2533—, o el caso emblemático de la expropiación). Por cierto que también en otros supuestos, habiéndose actuado "lícitamente", aunque se causaran daños a terceros, la licitud excluía la responsabilidad por la falta de uno de sus presupuestos esenciales.

Las discusiones, que generaron contrapuntos a veces insolubles, giraban esencialmente en torno al *concepto mismo de antijuridicidad* y al rol de las *causas de justificación*, ante la existencia de situaciones dañosas que provocaban, por un sentido *básico* de justicia, la necesidad de reparar de alguna manera al damnificado, aun cuando el actuar del dañador hubiera estado avalado por el ordenamiento.

A ello se agregaba una cuestión no menor: hay ciertos *intereses* que no están expresamente reconocidos por el derecho, pero que tampoco éste los repudia. Se denominan *intereses de hecho*. Las discusiones también giraban en torno a si su vulneración, causando un daño, tornaba o no al acto en antijurídico.

La cuestión (más allá de los diversos fundamentos) no presentaba tantos problemas cuando la ley asignaba el derecho al resarcimiento; mayores fueron los inconvenientes en los casos en que el ordenamiento guardaba silencio. Lentamente, pero de manera sostenida, se fue abriendo paso y ganando terreno la postura que colocaba, ante una conducta dañosa, al principio *Alterum Non Laedere* como el elemento clave para determinar la existencia o no de antijuridicidad; y su complicada conjunción con los *permisos legales* para dañar (valga la expresión), entre ellos, las *causas de justificación.*

Como se analiza a continuación, en el CCyC se ha clarificado la cuestión.

## § 37. El punto de partida: la antijuridicidad en los actos dañosos

El nudo de la cuestión está en el art. 1717 del CCyC: *todo* acto u omisión que causa un daño es *antijurídico, si no está "justificado".*

Por ende, y siendo que el punto de partida para analizar la problemática es verificar la existencia de un daño causado, el analista deberá determinar si la conducta que fue su causa *estaba o no justificada.* En caso afirmativo, no es que el acto ilícito muta en lícito, sino que *ab initio, siempre, se trató de un acto obrado conforme al ordenamiento jurídico.*

Se presenta lo que podríamos llamar una suerte de *apariencia* de ilicitud o antijuridicidad en todos los actos que han causado un daño. Por ello es que, mediante un análisis *posterior,* podrá finalmente de-

terminarse la verdadera naturaleza del acto, en el sentido de si fue lícito o antijurídico.

## § 38. Exclusión de la antijuridicidad: las causas de justificación

### *a) Aclaración previa: la unicidad del concepto de antijuridicidad y de causas de justificación*

Aunque el concepto de causas de justificación ha sido ampliamente desarrollado por los penalistas, el fenómeno resarcitorio ha llevado también a muchos civilistas a dar su opinión sobre este tema tan delicado. Y ello tiene su razón en que, así como la antijuridicidad es un concepto único en el ordenamiento (por aquello de la "unicidad del ilícito"), *lo mismo ocurre con las causas de justificación, pues se trata de la eximente de la antijuridicidad.*

### *b) Noción*

Los penalistas, razonablemente preocupados en las conductas descriptas en los tipos penales, brindan conceptos que relacionan la antijuridicidad con tales "tipos", aunque *siempre* aclaran que existe la unidad del ordenamiento jurídico, y que tanto el concepto de antijuridicidad como el de justificación son únicos.

FONTÁN BALESTRA dice que son "determinadas situaciones de hecho y de Derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de la acción". Agrega que mediante ellas, "por las que se declaran lícitas determinadas acciones típicas, el Derecho resuelve expresamente esos conflictos". NÚÑEZ indica que "la tipicidad del hecho no determina su antijuridicidad, sino que es un *indicio* de ella", y las define como "*permisos* concebidos para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico".

Entre los civilistas, la cuestión no está centrada en el "tipo penal" sino más bien en el ordenamiento, concebido éste como un todo unitario y coherente. Así, ORGAZ indica que "las causas de justificación son, en rigor, excepciones de otra excepción más amplia —la ilicitud— ya que el verdadero principio es el de la libertad... significan un retorno al principio de la libertad". Por último ZAVALA DE GONZÁLEZ señala que "son factores axiológicos que excluyen la antijuridicidad. Se trata de razones excepcionales que legitiman el acto; ponen de re-

lieve que, a pesar del mal inferido por el agente, su conducta es justa y que el ordenamiento jurídico la autoriza y aprueba".

Su razón de ser, según NÚÑEZ, es el principio según el cual "en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo", a lo que agrega ZAVALA DE GONZÁLEZ en sentido coincidente, que su sustento "radica en una valoración comparativa entre el interés lesionado por el autor y el interés que salvaguarda o tiende a salvaguardar su conducta".

Todo ello *comprueba que el fenómeno de la antijuridicidad es único para todo el ordenamiento: no basta con la violación de un precepto jurídico en particular; es necesario, además, verificar que esa violación no esté justificada por otra norma.*

Por último, creemos que existe una diferencia entre los actos lícitos que forman parte del "Principio", y los actos lícitos que son causas de justificación: en los segundos, el ordenamiento jurídico autoriza su realización (en forma expresa o tácita), de suerte tal que si no existe esa autorización, el acto es ilícito indefectiblemente. La norma justificante les quita su carácter de antijurídicos. En los primeros, esa autorización no surge como consecuencia de la preexistencia de una norma que los califica como ilícitos; son, simplemente, "puros actos lícitos", actos lícitos *lato sensu*, totalmente ajenos a la existencia de una norma anterior que los califique como ilícitos.

### c) La cuestión en los actos que causan daños: antijuridicidad como regla, y sólo justificación como excepción

Sin perjuicio de la pertinencia y absoluta vigencia de los conceptos antes transcriptos, nuestra mirada se cierne, de manera específica, en los *actos que han causado un daño*, a fin de determinar si éstos son o no antijurídicos.

En nuestra opinión, *el texto del art. 1717 del CCyC ha provocado un cambio importante en nuestro ordenamiento jurídico*, y que —entendemos— termina con una inacabada discusión respecto al *fundamento* de la responsabilidad por actos "lícitos" dañosos, cuando no mediaba una causa de justificación de las contempladas —particularmente— en el Cód. Penal (por ej., en el caso de la expropiación).

En concreto: *como todo hecho que causa daño es, en principio, antijurídico, cualquier "permiso legal" para ocasionarlo debe quedar emplazado en el concepto de "causa de justificación".*

Por ende, se tratará *siempre* de actos *lícitos dañosos* que, como regla, *no engendrarán responsabilidad a su agente, aunque excepcionalmente la ley podrá imponerla.*

Decimos que el cambio es trascendente, pues —en nuestra opinión— no cabe ya discutir (al menos en este ámbito) si las *causas de justificación* son taxativas o no, o si existen ciertas tipologías de ellas.

SOLER señalaba que "estas justificantes tienen, como lo advierte Grispigni, una extensión tan vasta que, frente a ese enunciado, resulta algo equívoco hablar del carácter exhaustivo de las justificaciones enumeradas. Si bien a la legítima defensa, por ej., puede acordársele una figura y la ley efectivamente la define, la limita, no ocurre lo mismo con las que hemos mencionado (ejercicio de un derecho y cumplimiento del deber), pues a ellas les da contenido justamente la totalidad del derecho restante... En consecuencia, lo que señala la licitud de la acción es, en todo caso, la totalidad del derecho vigente". ORGAZ agregaba que "las causas de justificación, excepciones de esta excepción, significan un retorno al principio de libertad y, por esto, no necesitan ser expresas. Ellas pueden ser simplemente deducidas de los conceptos esenciales de las diversas instituciones y del espíritu de la legislación". Finalmente, SOLER concluía que en realidad las fuentes de la justificación son dos: *la ley* y la *necesidad.*

### *d) El efecto esencial. Las causas de justificación en particular*

Enunciamos brevemente las principales sin entrar, por cuestiones de extensión, al análisis particular respecto a sus requisitos específicos para su configuración. Lo importante es que, en estos casos, *como regla*, aun cuando se hayan causado daños, *el acto es lícito y, por ende, no se genera obligación resarcitoria alguna a cargo del dañador.* Sin embargo, *son muchas las excepciones, casos en los cuales, pese a la ilicitud de la conducta, existe derecho a la reparación de daños, con diferente extensión según los casos.*

*(i) Estado de necesidad.* En el art. 34 inc. 3° del Cód. Penal se lo consagra en estos términos: *"el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño".* En el art. 1718 inc. b) del CCyC se dispone: *"Está justificado el hecho que causa un daño:... c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo".*

SOLER la define como "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". Aquí no hay una "agresión ilegítima" de quien se ve perjudicado por el sacrificio: su titular, sin culpa alguna se ve privado de él. Los casos son muchos: hurto famélico; echazón; operaciones quirúrgicas de urgencia; etc., etc.

*(ii) Legítima defensa propia y de terceros.* En el art. 34, incs. 6° y 7° del Cód. Penal se dispone que está justificado *"6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; 7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor"*. Por su parte, en el art. 1718 inc. b) del CCyC se dispone: *"b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena"*.

Se funda en la necesidad de auto protección y de afirmación del derecho y regida, como tal, por el principio del interés preponderante (LÓPEZ MESA). FONTÁN BALESTRA la define como "la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano". Como dice NUÑEZ, su justificación reside en la prevalencia de interés por la protección del bien del agredido respecto del interés por la protección del bien del agresor, lesionado por aquél o por el tercero que lo defiende. Encuentra su fundamento en la injusticia de la agresión. Existen presunciones, indicadas previamente.

En el CCyC existe una norma específica en materia de posesión (similar, aunque con ajustes, al art. 2470 del Cód. Civil): *"Defensa extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra*

*toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión"* (art. 2240).

*(iii) Obediencia debida.* Está contemplada en el inc. 5° del art. 34 del Cód. Penal, disponiéndose que está justificado quien obrare en tal situación.

*(iv) Cumplimiento de un deber jurídico.* Se establece en el art. 34 inc. 4° del Cód. Penal que está justificado *"el que obrare en cumplimiento de un deber"*.

*(v) El ejercicio regular de un derecho.* Del mismo art. 34 inc. 4° del Cód. Penal surge que está justificado quien actúa *en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.* Asimismo, en el art. 1718 inc. a) del CCyC se dispone que está justificado quien causa un daño *"en ejercicio regular de un derecho"*.

En esas situaciones no cabe postular la existencia de un "derecho a dañar", sino que *el ordenamiento impone a ciertas personas soportar los daños que le ocasione un tercero; en tanto y en cuanto éste actúe en ejercicio regular de su propio derecho.* Es claro que si fuera *abusivo*, la conducta dañosa ingresa al terreno de la *antijuridicidad.*

Esta locución es *de vasto contenido: todos* los permisos legales expresos, para obrar conductas que causen daños, deben entenderse comprendidos en esta eximente.

Es aquí, además, donde se presenta *la mayor gama de situaciones en las que el ordenamiento asigna derecho resarcitorio a las víctimas*, como lo analizamos a continuación. Debe entenderse aquí incluido el caso de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita.

## § 39. La "asunción de riesgos" y el "consentimiento del damnificado"

Ambos conceptos deben ser deslindados, ya que el primero *no* constituye una eximente de la antijuridicidad, en tanto que el segundo *es una causa de justificación.*

### a) Asunción de riesgos. Inexistencia de causa de justificación

En el art. 1719 del CCyC, primer párrafo, se dispone: *"Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una*

*situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal".*

Se trata aquí de una situación de peligro *extraña* a quien luego resulta damnificado, situación *cotidiana* en la vida actual, de mayor o menor intensidad, según los casos. Se ha señalado, en opinión que compartimos, que un tema es la peligrosidad *genérica* de tareas y emprendimientos normales de la sociedad moderna (por ej., subir a un ascensor), y otro introducirse en los que implican *peligros especiales o extraordinarios* (ZAVALA DE GONZÁLEZ), como por ej., ingresar en un centro de salud en donde podría contagiarse la persona de una infección intrahospitalaria. Pero aún en este último caso, esta *sola* circunstancia, *no constituye una causa de justificación que enerve la antijuridicidad de la conducta dañosa.*

Ahora bien: sin perjuicio de esto último, *si la conducta del damnificado tiene incidencia causal (total o parcial) en la causación del daño, la responsabilidad se exime, pero no por ausencia de antijuridicidad, sino por ruptura (total o parcial) del nexo causal, por la existencia de hecho de la víctima.* O sea, que la eximente se traslada a *otro* presupuesto de la responsabilidad.

Entre muchos otros, es el caso, por ej., de quien acepta subir a un automotor conducido por una persona ebria o drogada; o quien no se coloca el cinturón de seguridad. Al respecto, se ha dicho que "no hay entonces sometimiento a un riesgo de origen ajeno, sino *creación indebida del peligro por la víctima,* tanto como si introduce su mano en la jaula de un león. Dicha eximente también puede funcionar como *concausa*" (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

### *b) El consentimiento del damnificado como causa de justificación*

En el art. 1720 del CCyC se dispone: *"Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles".*

En este caso, cabe incluir *dos* situaciones: la exposición voluntaria *consentida* a una situación de peligro de daño que puede concretarse (pues hay casos en que el consentimiento del damnificado entraña asunción de riesgos —ZAVALA DE GONZÁLEZ, PICASSO—), y

también el consentimiento para la realización de una conducta que indefectiblemente *causará un daño* al sujeto.

En ambos casos, y en tanto y en cuanto se verifiquen los requisitos de la ley, *se estará en presencia de una causa de justificación,* que (como tal) enervará la antijuridicidad de la conducta dañosa *ab initio*, tratándose —pues— de un *acto lícito.*

En el primero, un ejemplo podría ser el caso de los accidentes deportivos, en tanto y en cuanto se trate de contingencias propias de la actividad (por ej., el caso del boxeo), e incluso de algunas faltas menores en el juego, que deben entenderse como una *cláusula de dispensa de responsabilidad* (por ej., una falta en un partido de fútbol que le produzca una quebradura a un jugador, pero en tanto y en cuanto la actitud del lesionante no haya sido querer causarla). Por ello se indica que la eximente es válida en tanto no constituya una "cláusula abusiva".

En el segundo, el típico ejemplo es el de la persona que se somete a una intervención quirúrgica, donde acepta la lesión —inevitable— en su integridad física.

El *límite* es doble: no puede tratarse de bienes indisponibles (por ej., realización de un tratamiento médico no autorizado); y además —aunque el bien sea disponible— no debe constituir una cláusula abusiva en un contrato (por ej., en un contrato de consumo en donde se impone como cláusula para contratar brindando un premio, la publicación de datos personales de la persona que pueden afectar su intimidad). El art. 51 del CCyC resulta, pues, la norma central en toda esta cuestión.

El consentimiento, en todos los casos, debe ser "libre" e "informado" (v. *Obligaciones* § 173), razón por la cual en materia de disposición de derechos personalísimos en general (y, muy especialmente en los tratamientos médicos) rigen las normas especiales (arts. 54 a 59 CCyC); en el ámbito de las relaciones de consumo, rigen los arts. 1100 del CCyC y 4° de la ley 24.240.

## § 40. Responsabilidad por actos lícitos dañosos

### *a) Caracterización. Fundamento*

El mantenimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil, lleva a concluir que, como regla, *no nace un crédito resarcitorio a favor del damnificado por un acto dañoso lícito.*

Sin embargo, existen *muchas excepciones* en donde, con más o menos alcance, el ordenamiento concede, o bien un crédito indemnizatorio, o —en otros casos— un crédito derivado del eventual enriquecimiento sin causa que pudiera experimentar algún sujeto en función del acto dañoso.

La doctrina se encontraba dividida en orden al fundamento de esta responsabilidad. Para algunos, se trataba —si bien ante un acto lícito— de una "situación antijurídica", en razón de la existencia de un daño injusto (VÁZQUEZ FERREYRA). Otros, la fundaban en el enriquecimiento sin causa.

Nosotros compartimos la opinión (que entendemos, subyace en el CCyC), que por una cuestión de *justicia distributiva* en ciertos casos se concede la indemnización (LARENZ, ZAVALA DE GONZÁLEZ, MOSSET ITURRASPE).

Es que ante la existencia de un daño *injustamente sufrido*, en el *concreto* conflicto de intereses en juego, el ordenamiento se pronuncia a favor de la víctima, ya que es más injusto que ella soporte el daño. En estas situaciones se trata, en rigor de verdad, de dos víctimas de un mismo daño (GIORGI), ya que el dañador actúa bajo una causa de justificación (y debe indemnizar) en tanto que el dañado es el perjudicado directo. Así, por una cuestión de *solidaridad social*, se dispone —aunque de manera excepcional— el resarcimiento a favor de la víctima, en el marco de un acto ilícito.

Debe aclararse, además, que la responsabilidad (o irresponsabilidad, según el caso) por actos lícitos, no obsta a la eventual responsabilidad de algún tercero que, por su propio actuar ilícito, haya generado una situación de riesgo o causado un daño (por ej., como se verá, como sucede en los actos de abnegación).

### *b) Algunos casos*

Entendemos que al no existir una norma general que disponga respecto de la indemnización de daños causados mediante actos lícitos, ésta sólo es procedente, y de manera excepcional, en los casos que la ley dispone, y con la extensión que en cada supuesto se establece. Si nada se indica respecto a esto último, impera el principio de reparación plena, debiendo indemnizarse todas las consecuencias correspondientes al caso (arts. 1726 y 1728 CCyC).

Entre muchos otros casos, encontramos los siguientes:

*(i) Estado de necesidad.* En caso de que se verifique la causa de justificación (sólo cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa), entra a jugar *la equidad*: el juez puede reconocer una indemnización a la víctima si lo considera equitativo (art. 1718 inc. c] CCyC).

*(ii) Acto de abnegación.* En el art. 1719 del CCyC, 2° párrafo, se dispone: *"Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido"*. Es la exposición voluntaria a una situación de riesgo, en el marco de un estado de necesidad, efectuada de manera absolutamente altruista. La ley asigna la responsabilidad a quien "creó la situación de peligro", la que es plena, y queda fuera del ámbito de los actos lícitos. Pero, además, si el acto de abnegación se traduce en un beneficio para algún sujeto, éste tiene el deber de "reparar" a quien lo obró en la medida de su enriquecimiento. No se trata, pues, de un crédito resarcitorio, sino de uno derivado del principio general del enriquecimiento sin causa.

*(iii) Legítima defensa.* Siguiéndose a parte importante de la doctrina, se dispone que en este caso, *"el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena"* (art. 1718 inc. b] CCyC). Es, por ej., el caso del particular que sufre un daño en medio de un tiroteo al que es ajeno, entre malvivientes y la policía. Es por demás evidente que quien causó la agresión ilegítima es responsable por su *acto ilícito;* pero *también* lo es quien actuó en legítima defensa, pese a su actuar lícito, sin perjuicio de su derecho a repetir del autor de la agresión ilegítima.

La solución nos presenta alguna duda, pues está pensada, fundamentalmente, en el marco de la responsabilidad del Estado, que ha sido excluida del CCyC y tiene un régimen particular. Por ende, la cuestión quedará circunscripta a situaciones de legítima defensa en la que sólo intervengan particulares, lo que nos lleva a pensar que tal vez hubiera sido más conveniente dejar librada la cuestión al criterio del juez, en base a la *equidad*, a fin de reconocer una indemnización, pues asignar derecho a la reparación plena puede resultar injusto en ciertos casos, e incluso desalentar la legítima defensa de terceros.

*(iv) Responsabilidad del Estado por actos lícitos dañosos.* En el art. 5° de la ley 26.994 se dispone: *"La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias*

*hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización*". Analizamos la cuestión más adelante (§ 246).

*(v) Daños en el ejercicio regular de un derecho en el Cód. Civil y Comercial.* Entre otros casos, podemos citar: 1) El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause (art. 1950 CCyC); 2) Cuando alguien pretende que tiene un tesoro que dice haber guardado en predio ajeno y quiere buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio; debe designar el lugar en que se encuentra, y garantizar la indemnización de todo daño al propietario (art. 1954 CCyC); 3) Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio (art. 1971 CCyC); 4) Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisorias en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados (art. 1977 CCyC); la indemnización en caso de servidumbres forzosas (art. 2166 CCyC).

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

BESTANI, Adriana, "Acción preventiva y 'omisión precautoria' en el nuevo Código Civil y Comercial", RCCyC del 17/11/2015, p. 111; RCyS 2016-III-26.

BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

BUERES Alberto J., *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

BUERES, Alberto J. - CALVO COSTA, Carlos A., "Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-2, p. 21 y ss.

BUERES, Alberto J. en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*

BUERES, Alberto J., "Antijuridicidad y daño injusto", en *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 473 y ss.

BURGOS, Débora - MARCHAND, Silvina - PARELLADA, Carlos A., "La asunción del riesgo ¿Causa eximente o de justificación?", LL del 8/9/2009, p. 1.

BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., "La vigencia de la antijuridicidad en el Derecho de Daños", RCyS 2015-VI-29.

CERUTTI, María del Carmen, "Antijuridicidad. Eximentes", en MÁRQUEZ, José F. (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

DE LORENZO, Miguel F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

MAYO, Jorge A. en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*

TOLOSA, Pamela - GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-46.

TRIGO REPRESAS, Félix A., "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el *Código Civil y Comercial de la Nación*", RCCyC del 19/10/2015, p. 135; RCyS 2016-IV-15.

TRIGO REPRESAS, Félix A., "Omisión que viola el deber legal de obrar impuesto formalmente", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007-2, p. 7 y ss.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La antijuridicidad en el *Código Civil y Comercial*", RCyS 2015-IV-38.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., "Reflexiones sobre ilicitud", JA 1981-IV-732.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 5/8/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos", La Ley Online.

CSJN, 5/8/1986, "Gunther, Fernando Raúl v. Nación Argentina", ED 120-522.

CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos: 327:3753.

CAPÍTULO IV

# PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONT.). LA RELACIÓN CAUSAL Y SUS EXIMENTES

## I. CONCEPTUACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

### § 41. Introducción. El marco en que se desenvuelve el problema. Remisión

La cuestión de la *relación de causalidad* excede notablemente el ámbito de la responsabilidad civil, para posicionarse en uno de los *temas fundamentales del Derecho*; y —por qué no decirlo— *de la vida misma.*

El *causalismo* es el método filosófico-científico que procura el conocimiento de las cosas (o el de las verdades) a través del estudio y el análisis de sus causas. Sostiene la existencia de cadenas de relaciones causales (causa-efecto) que permiten, mediante la observación de ellas, una explicación de todo lo que puede explicarse. Determinar la o las causas de uno o varios sucesos, constituye la tarea de aprehensión cognoscitiva del fenómeno causal (GOLDEMBERG).

Como sigue diciendo el recordado jurista, la formulación de la teoría de la determinación causal es como sigue: *nada puede existir o dejar de existir sin causa;* o *todo efecto es generado por una causa.*

En nuestro caso, el análisis no se centra en la *causa primera*, sino —como lo señala Mario BUNGE— empleamos en el análisis lo que se denomina *cadenas causales*.

El concepto de *causa eficiente* es el que ahora interesa, y que ya hemos analizado (v. *Obligaciones* § 28). Y cabe apuntar que si bien la denominada *teoría de la causalidad adecuada* es la que se ha ratifi-

cado en el CCyC a la hora de atribuir causalmente la responsabilidad civil, esta regla ha cedido y cede espacios en favor de otras, tanto jurisprudencial como doctrinariamente. Además en ciertos casos no brinda respuestas satisfactorias, y por ello es objeto de fundadas críticas; en particular pos las *nuevas* formas de dañar, lo que conmueve las bases del problema jurídico.

Es que, sin perjuicio de que las reglas de la filosofía y las ciencias naturales constituyen el indudable punto de partida para el análisis, lo cierto es que el operador del derecho agrega un "ingrediente" al problema que motiva *una valoración particular de dichas reglas:* la búsqueda de una *solución justa en el marco de un conflicto concreto de intereses jurídicos.*

## § 42. El rol de la causalidad en la responsabilidad civil

Señala DÍEZ PICAZO que el concepto de causa y el de causalidad para la responsabilidad civil, busca dar respuesta a dos tipos de problemas: encontrar alguna razón por la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, haciéndola *responsable* de ese daño; y, a la inversa de lo anterior, relacionar al daño con la persona, pues la ley establece que se indemniza "el daño causado".

Ésta es, en general, la idea general de las dos funciones que aquí tiene la relación de causalidad. Sin embargo, en nuestra opinión cabe efectuar una precisión más:

### *a) Respecto a la autoría de un suceso que genera responsabilidad civil*

La primera función se circunscribe a la *asignación de autoría* (material o jurídica) de un *hecho* que *puede o no ocasionar un daño resarcible, pero que genera "responsabilidad civil", imputándose materialmente* a una persona un suceso determinado.

Es que no sólo se puede tratar de un hecho que cause daños, sino también una situación de *peligro de daño* (lo que habilita la acción preventiva), o también del *incumplimiento obligacional,* cause o no daño (v. *Obligaciones* § 388.f).

### *b) Respecto de los daños a resarcir*

Cuando se causa un *daño resarcible*, la función de la relación causal es vincular al *autor* de la conducta dañosa (antecedente) con

dicho daño resarcible (consecuencia). En otra palabra, conectar los dos extremos.

## § 43. La base fenomenológica y la aprehensión del fenómeno por el derecho

Cada hecho es producto de un sinnúmero de sucesos, de "una extraordinaria pluralidad de circunstancias" (DÍEZ PICAZO). La pregunta a responder a *cuál* de esas circunstancias debe imputarse la autoría del suceso y, luego de ello, la responsabilidad por las consecuencias; asimismo, también *hasta qué consecuencias*. La cadena puede ser infinita.

En las relaciones jurídicas, los criterios de selección son variados en función, por una parte, de la *matriz ideológica* de cada sistema jurídico, las *mutaciones sociales* que inexorablemente se producen con el paso del tiempo, y la *evolución científica*.

En consecuencia, puede predicarse la existencia de una *causalidad jurídica diferente a la causalidad* natural, y que necesariamente incluye en su conformación un elemento, si se quiere, "extraño" a la causalidad material: el *"factor jurídico"*, esto es, la necesidad de resolver adecuadamente el conflicto de intereses jurídico.

Es que, como decía LLAMBÍAS, *el derecho no es una física de las acciones humanas*: "de ese ajuste o corrección bajo el prisma de la justicia del nexo de causalidad material, surge la causalidad jurídica, es decir, la que el derecho computa a los fines pertinentes de la responsabilidad".

Por ende, podemos afirmar que puede haber causalidad física y no causalidad jurídica. Pero entendemos que no es lo mismo a la inversa: siempre que se atribuye nexo causal, es porque de alguna manera existe alguna ligazón material, aunque ésta sea remota.

## § 44. Concepto de relación de causalidad

Se trata del *enlace material que existe entre un hecho antecedente y otro consecuente, y que permite establecer a quien debe ser imputado un hecho determinado y sus consecuencias.*

Constituye un elemento esencial del hecho jurídico que emplaza en el ámbito de los legitimados pasivos a quienes deben ser sindicados *causantes* de un incumplimiento obligacional (cause o no daño), de una acción que causa amenaza de daño (en el ámbito de la tutela preventiva), o de resarcir daños y perjuicios causados a otra persona.

## § 45. Distinción entre nexo causal y factor de atribución

Deben efectuarse algunas distinciones conceptuales de importancia, ya que existe —particularmente cuando se trata de factores subjetivos de atribución— una *zona gris* entre ambos, lo que en nuestro sistema legal se acrecienta en razón de que la imputación de consecuencias tiene, en parte, como base la orientación de la conducta del responsable, esto es, su dolo o culpa.

Causalidad y culpabilidad se asientan sobre el concepto común de previsibilidad (LÓPEZ MESA). Pero dicha previsibilidad se aprecia de manera diferente: en la causalidad se aprecia en abstracto, esto es, con prescindencia de la situación del agente: importa una adecuación objetiva entre un hecho y su consecuencia, siendo una *vinculación física*. En la culpablidad, se valora la situación en concreto del agente, esto es, qué es lo que él subjetivamente previó: su situación propia frente al acto; es la reprochabilidad psíquica de la acción, aun cuando también se aplique un criterio *mixto* de apreciación de la culpa.

*La causalidad antecede a la culpabilidad*: desde que una vez determinada la conexión física, recién es posible indagar en el juicio de reproche. De allí que puede haber causalidad sin culpabilidad; pero nunca culpabilidad sin causalidad (§ 73.d).

## § 46. Una distinción preliminar

Es importante, como lo señala DÍEZ PICAZO, distinguir entre dos conceptos que serán sumamente útiles en el análisis del problema que nos toca: en todos los casos, una consecuencia lo es por la concurrencia de una multiplicidad de factores causales ("concausas", en sentido amplio).

En algunos supuestos, el daño se produce por la *conjunción o yuxtaposición* de una serie de condiciones, de manera que la suma de todas ellas determina el resultado dañoso: A + B + C = D. ello se da, por ej., en el caso de la coautoría.

En otros, se puede determinar una *cadena causal*, y se da cuando una condición produce un efecto, y éste a su vez es causa de otro efecto: A - B - C - D. Este concepto es trascendente en lo que hace a la extensión del resarcimiento.

# II. TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN CAUSAL

## § 47. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones

### *a) Caracterización*

Es formulada primigeniamente por John STUART MILLL: "La causa, pues, filosóficamente hablando, es la suma de las condiciones

positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente".

Es una concepción desvinculada de consideraciones metafísicas o religiosas, es científica (DÍEZ PICAZO). En el ámbito del derecho, surgió del integrante de la Corte Alemana Maximiliano VON BURI (1855).

*Causa* es la *condición sine qua non* del daño, es decir, aquél de los elementos y condiciones que si hubiese faltado, el resultado dañoso no se hubiera producido. Por ende, si se quita la causa, desaparece la consecuencia, y *cada una* de las condiciones es *causa,* no existiendo diferencias cualitativas entre ellas, todas tienen el mismo valor. Las condiciones que pueden ser mentalmente suprimidas, sin afectar el resultado, *no son causa.* La ventaja de la teoría es que proporciona un concepto basado en el molde de las ciencias naturales.

### *b) Críticas*

Se le han formulado las siguientes: 1) No tiene en cuenta las finalidades específicas del derecho; 2) Confunde causalidad con culpabilidad, porque esto último integra también la "causa" (SOLER); 3) Queda eliminada la concausa: el demandado siempre debe responder (haya hecho de la víctima, caso fortuito, u otra concausa); 4) No resuelve la causalidad concurrente (PANTALEÓN PRIETO): de dos hechos, cualquiera de ellos hubiera producido el mismo efecto (dos lesionan de muerte a una víctima); 5) Favorece claramente la discrecionalidad del juzgador, ya que en no pocos casos resultará sumamente complejo determinar la cuestión, y ello deja un inocultable amplio margen de maniobra al juez; 6) Llega a soluciones injustas, ya que peca por exceso (*cualquier* antecedente es causa), pero también por defecto (no encontraría justificación la responsabilidad colectiva, cuando se responsabiliza al grupo por daños causados por miembros indeterminados).

### *c) Importancia*

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que ésta es la única teoría que más se acerca a la fenomenología del problema.

Siempre subyace en toda situación dañosa, aun cuando no se la mencione de manera expresa, ya que, incluso cuando se rechaza alguna pretensión resarcitoria por no haber nexo causal jurídico, casi con seguridad el fenomenológico habrá existido.

*Permite la expansión de la causalidad jurídica*, particularmente cuando se van "descubriendo nuevos fenómenos", o cuando se van presentando situaciones similares de manera recurrente.

Es una teoría muy empleada en Estados Unidos (LÓPEZ HERRERA): la conducta del demandado no es causa del evento, si el evento hubiera ocurrido aún sin ella.

## § 48. Las restantes teorías. Necesidad de efectuar una distinción

A partir de las críticas a la primera teoría, surgen otras que buscan, desde un plano jurídico, encontrar respuestas al problema, que son varias, pero en todas ella subyace lo siguiente: hay ciertos elementos fácticos que son *causa*, y cabe *desechar* los restantes.

De allí surge la distinción entre "causa", "condición" y "ocasión": *causa* es lo que jurídicamente se considera "causa del daño"; la *condición* no es causa, sino un "mero antecedente del resultado que se produce" (PIZARRO/VALLESPINOS); la *ocasión* es una especie de condición, casi una suerte de "factor ambiental" en el que se desenvuelve el hecho dañoso.

## § 49. Teoría de la Causa Próxima

### *a) Caracterización*

Es causa aquella que con un criterio *temporal* se halla más próxima al resultado. Por ende, con condiciones todas las anteriores. Proviene de FRANCIS BACON, que elabora esta teoría ante la dificultad jurídica de juzgar las causas de las causas.

### *b) Críticas*

No siempre la condición última es la verdadera causante de un daño. ORGAZ señala como ejemplo el de la enfermera que suministra el veneno puesto por otro, y que desconoce. LE TOURNEAU y CADIET dicen: *el orden cronológico no es necesariamente el orden causal.* Puede, además, haber dificultades para establecer, en los hechos, cuál es la última condición, sobre todo cuando varias se presentan de forma simultánea o confusa.

Sin embargo, se puede decir que tiene alguna "utilidad", en el sentido de que *ab initio*, puede generar algún tipo de presunción *hominis*.

## § 50. Teoría de la Causa Eficiente

Parte de un concepto particular: la *eficiencia*, esto es, la *idoneidad intrínseca* de la condición en la producción del daño. Tiene dos vertientes (LÓPEZ MESA): *cuantitativa*, en el sentido de que la verdadera causa es la que en mayor cantidad ha contribuido a la producción del daño; y *cualitativa*, mediante un juicio de valor.

## § 51. Teoría de la Condición Preponderante

Según BINDING hay condiciones positivas y negativas. La que "rompe el equilibrio" por su mayor peso, es la causa. La crítica esencial es que es muy difícil de determinar en el caso concreto.

## § 52. Teoría de la causalidad virtual

### a) Caracterización

De origen francés, se creó para mandar a resarcir daños por *cuestiones de equidad,* particularmente en las relaciones médico-paciente. El fundamento es que pese a *no haberse probado* la relación causal entre el hecho del médico y el daño, por razones de equidad y aduciéndose la pérdida de una chance de curación o sobrevida, se lo hace responsable (BUERES). Se concede una indemnización atenuada.

### b) Críticas

Se ha señalado que confunde causalidad con culpabilidad, porque se considera "culpable" al médico; confunde el daño integral probado, con la "chance" que también requiere causalidad; no responde a ningún criterio de causalidad (BUERES).

## § 53. Teoría de la Causa Adecuada

### a) Caracterización

Es la mayormente seguida, y la que como regla general adopta el CCyC, y también el Cód. Civil. Se originó por VON BAR (1871) y el fisiólogo VON CRIES (1888).

Parte de un criterio de previsibilidad, recurriendo a la vida misma y a lo que de ordinario acontece. No todas las condiciones son causa. Por ello, no basta que el hecho sea condición (es un presupuesto esencial - VISINTINI), sino que además, *en virtud de un juicio de probabilidad,* debe ser causa adecuada.

El análisis es *ex post facto*, prescindiendo de la realidad del suceso acontecido. Si la respuesta es afirmativa, de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión es causa adecuada, y se atribuirá a su autor.

Se determina mediante la *prognosis póstuma*: es un pronóstico objetivo-retrospectivo, realizado por el juez, que consiste en determinar *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes (GOLDEMBERG), formulándose ello *en abstracto, y no en concreto,* mediante las *reglas de la experiencia* (lo que supone la existencia de casos anteriores).

*b) Críticas*

Se han formulado varias: 1) No puede aplicarse si se trata de un "caso nuevo", esto es, sin antecedentes (por ej., en actividades vinculadas con el desarrollo científico y tecnológico); 2) Como el juez determina lo "normal" y "ordinario", la cuestión queda librada a su discrecionalidad, lo que muchas veces termina siendo arbitrariedad; 3) El juicio de valor del juez puede verse influenciado por otras variables, incluso su propia ideología, constituyendo a veces un "juego omnisciente" y termina a veces siendo una ficción (DÍEZ PICAZO); 4) Cuesta disociar, a veces, el juicio en abstracto con el juicio en concreto; sobre todo en caso de dolo.

## § 54. Teoría de la Imputación Objetiva

Nacida en el ámbito del derecho penal (particularmente ROXIN y GÜNTER JAKOBS), tiene importantes adeptos en el ámbito del derecho civil (YZQUIERDO TOLSADA, PANTALEÓN PRIETO, DÍEZ PICAZO).

Se señala que si el problema es planteado desde el punto de vista estricto de la causa, no es posible salir de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pero si se trata de una cuestión de *relevancia jurídica de los elementos causales*, la cuestión cambia de sentido y pueden ser puestos en juego factores y razones de otro tipo: *hay aquí, pues, una imputación objetiva.*

Se fija, en consecuencia, *un criterio normativo*, por el cual cierto resultado es atribuible a un comportamiento, siendo su punto de partida la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Pero, a partir de allí, se "matiza" o "recorta" dicha teoría, en función de ciertos criterios normativos, que parten del siguiente precepto general: nadie está obligado a evitar todos los daños posibles que su actuar pueda ocasionar, sino sólo aquellos que importen desviaciones de la conducta respecto de las expectativas que suscita su rol: debe determinarse a quien competía el accionar relevante y lo quebrantó, administrándolo de modo deficiente (DÍEZ PICAZO).

En la omisión, sólo es responsable quien es titular de una posición de garantía (padres, estado, etc.). Quien se mantiene en los límites de su rol no responde, aunque haya podido evitar el daño (el médico que no cura porque el paciente se niega).

En la comisión es más complejo, y corresponde describir los límites de los roles. JAKOBS postula cuatro figuras: riesgo permitido; principio de confianza (que no tiene nada que ver con probabilidades o reglas de la experiencia); prohibición de regreso (cuando hubo dolo o grave negligencia, siempre se responde, y no se puede "regresar" la causalidad a otro sujeto; competencia de la víctima (es igual al hecho de la víctima, allí excluye).

PANTALEÓN PRIETO propone los siguientes criterios para determinar la imputación objetiva (más bien, la exclusión de la imputación): riesgo general de la vida: no imputa (accidente en taxi de un lesionado previamente, no traslada al primer causante); prohibición de regreso: si un tercero inició un curso causal con dolo o grave negligencia, sólo él es el imputado; provocación: para casos de daños sufridos por causa de un hecho ajeno al dañado (en una persecución policial, o en un acto de altruismo): no se imputa; fin de la protección de la norma: si los resultados caen fuera del ámbito de protección de la norma, no son imputables a su autor; supresión ideal del hecho, no se imputa si suprimiéndolo el daño igualmente se hubiera sufrido; competencia de la víctima: no se imputa si es el hecho de la propia víctima.

## III. EL SISTEMA DE LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

### § 55. La recepción de la teoría de la causalidad adecuada

Aunque no la conoció (porque era contemporánea), VÉLEZ estructuró un sistema de *relación causal adecuada* basado en el criterio de la *previsibilidad en abstracto*. En el Cód. Civil, las normas medulares (arts. 901 a 905 y 909) se mantuvieron inalteradas; y en la reforma del año 1968 se incorporaron las consecuencias *remotas*, determinándose que *no* son imputables, al no guardar *nexo adecuado de causa-*

*lidad* con el hecho dañoso. De manera expresa, pues, se incorporó esta teoría. Además, el criterio de *previsibilidad* de la culpa (art. 512 Cód. Civil) era *en concreto*.

En el CCyC se ha *ratificado* la cuestión en el art. 1726, donde también —de manera explícita— se hace mención a la teoría de la causalidad adecuada, *excepto disposición legal en contrario* para la indemnización de las consecuencias, lo que también debe entenderse referido a la *autoría del suceso*.

## § 56. Sus excepciones

Sin embargo, no existe un sistema *puro* de causalidad adecuada ("previsibilidad en abstracto"), sino que se "cuelan" en muchas soluciones legales y jurisprudenciales elementos de las otras teorías.

Es que por sí sola la teoría de la causalidad adecuada no permite dar todas las respuestas en aras a lograr la "solución justa" (o lo que se considera justo en un determinado momento) en el caso concreto. Además, el margen de discrecionalidad del juez, y la indudable falla de la teoría en lo sustancial (¿qué es lo que "normalmente" acostumbra a suceder?), tienen a veces una notable incidencia.

Entre otras situaciones: 1) En la imputación de consecuencias, si bien la regla es la previsión en abstracto, incide también la previsión en concreto para imputarlas (art. 1728 CCyC); 2) Normalmente se emplea el mecanismo de "supresión hipotética" (propio de la teoría de la equivalencia de las condiciones), para eventualmente descartar algún hecho: "si suprimido mentalmente el hecho positivo o negativo el resultado se produce igualmente, no puede tenerse a dicho hecho como causa"; 3) La concurrencia de causas (entre dañador y dañado), deriva de la teoría de la causa eficiente, ya que el análisis no sólo se hace de acuerdo a lo que "acostumbra" a suceder, sino a lo que aconteció en el caso concreto; 4) En los accidentes laborales, la causalidad es más cercana a la teoría de la equivalencia de las condiciones (art. 6°, ley 24.557); 5) Lo propio sucede cuando se responde "en ocasión" de una función o rol (por ej., tutores —art. 118 CCyC—, administradores de las personas jurídicas —art. 160 CCyC—, responsabilidad del principal por el hecho del dependiente —art. 1753 CCyC—, responsabilidad de las personas jurídicas —art. 1763 CCyC—); 6) En la responsabilidad indirecta no existe *autoría material* del responsable, a quien sin embargo se le *imputa* el hecho. Se trata, en nuestra opinión, de una *condición* elevada a *causa*.

## § 57. La causalidad en la omisión

La cuestión es más dificultosa, ya que se busca una *causa* en no haber evitado consecuencias perjudiciales por quien se mantiene como un espectador ajeno a la cadena causal. Las teorías de la causalidad adecuada y de la equivalencia de las condiciones, no se amoldan satisfactoriamente a este supuesto: es que la cuestión no es aquí imputar la responsabilidad por haber hecho algo, sino por no haber obrado. Existe una enorme proliferación de casos, cada vez mayor en función de la creciente complejidad técnica y científica.

¿Cómo determinar, pues, si la autoría de la omisión debe atribuirse a una persona con el valor de *"causa"*? PARELLADA formula una interesante reflexión: si la *culpa* se configura por la "omisión" de diligencias, es evidente que el hecho causal que la precede en el análisis lógico, también ha de ser de esa manera. *La omisión, pues, genera efectos jurídicos.*

### *a) Comisión por omisión*

En este caso, como ya se ha dicho (§ 35.a), el problema es menos dificultoso, ya que el análisis debe versar sobre un hecho *positivo* (la creación de la situación de riesgo) y uno *negativo posterior* (la conducta inerte). Por ej., habilitar un comercio y omitir adoptar medidas de seguridad.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

### *b) Omisión pura*

También ya se ha señalado (§ 35) que en el CCyC existe un *ensanchamiento de la responsabilidad por omisión pura.* Ésta no sólo se verifica cuando existe un deber específico de actuar, sino también cuando se omite con el *deber genérico*, ahora impuesto legalmente (arts. 1710 y 1711 CCyC) de *evitar un daño o su agravación, "en cuanto dependa" de la persona.*

La determinación de esta última circunstancia se deberá realizar en el *caso concreto*, valorándose especialmente las posibilidades fácticas de actuar del sujeto que no lo hizo, con el mismo grado de "regularidad" que se juzga la acción (PARELLADA). Por cierto que si hubo dolo del omitente, se le debe atribuir la causalidad. Lo que debe verificarse es si esa omisión tiene eficacia causal con el resultado. La sola omisión ilícita genera una fuerte "presunción" de cau-

salidad (*hominis*), pero de todas maneras, debe igualmente analizarse la existencia de nexo causal (LÓPEZ HERRERA) (por ej., conducir un automotor sin carnet habilitante, no tiene incidencia causal en un accidente de tránsito producido por el hecho exclusivo de la víctima, como el caso de un suicida).

## § 58. Pluralidad de causas relevantes

Deben distinguirse las siguientes situaciones (ZANNONI):

### *a) Concausa*

Es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales independientes entre sí, y que pueden ser preexistentes (por ej., una enfermedad previa a la mala praxis); concomitantes (por ej., un sujeto empujado por otro que se cae y se dispara un arma, hiriendo a un tercero), o sobrevinientes (por ej., una lesión previa a un sujeto, y luego una intervención quirúrgica contagiándose la víctima con una infección hospitalaria).

### *b) Cocausación*

Es la actuación concurrente y causalmente relevante de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño.

*(i) Causalidad conjunta o común.* Aquí, varias personas cooperan para llegar a un resultado. Hay una causalidad idéntica para todos los participantes, esto es, *coautoría*. De ello se deriva la responsabilidad solidaria por la coactuación (art. 1751 CCyC)

*(ii) Causalidad acumulativa o concurrente.* En este caso, dos o más contribuyen a la causación del daño, pero cualquiera sólo lo habría causado (por ej., contaminar un río). La responsabilidad es también solidaria (art. 1751 CCyC). En la Ley de Residuos Peligrosos 24.051 se dispone que el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso (art. 47). Lo propio en caso de su transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, a excepción de aque-

llos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final (art. 48).

*(iii) Causalidad alternativa o disyunta.* Se atribuye a dos o más personas el hecho, porque cualquiera hubiera podido cometerlo. En tales casos, se sacrifica el principio de la imputabilidad individual del daño, debido a que el juicio de reproche se sustenta en el menosprecio del resultado por parte de quienes han creado la comunidad de peligro (MOSSET ITURRASPE). Son los casos de responsabilidad por cosas suspendidas o arrojadas, el caso del autor anónimo de un grupo determinado, y la actividad peligrosa de un grupo (arts. 1760 a 1762 CCyC).

### § 59. Extensión del resarcimiento. Remisión

Analizamos la problemática en el § 139 y ss.

## IV. EXIMENTES DE LA RELACIÓN CAUSAL

### § 60. Introducción

Las eximentes del nexo causal están constituidas por un *hecho ajeno* a quien es sindicado como causante o autor del hecho que trae aparejada la responsabilidad civil.

Como se ha dicho, "se trata de hechos que reconocen un origen distinto; no son los hechos del agente o victimario, son hechos extraños a él. Se ha producido al margen de su voluntad; su conducta no ha sido ni la causa ni la ocasión de los mismos; porque de haber coadyuvado el agente o deudor en la producción se configuraría una concurrencia causal y la exoneración, de existir, sería sólo parcial", siendo el requisito básico su *extraneidad* (MOSSET ITURRASPE/PIEDECASAS).

Deben distinguirse algunas situaciones:

#### *a) Inexistencia de nexo causal*

Se configura cuando el sujeto sindicado *no ha intervenido* en la cadena causal del hecho dañoso.

*b) Ruptura del nexo causal*

Se verifica cuando, desde la óptica de la teoría de la equivalencia de las condiciones, el sujeto ha tenido algún tipo de intervención en la cadena causal, *pero el hecho no le es atribuible materialmente, pues no existe nexo de causalidad jurídica.* Por regla, cuando es total, exime absolutamente de responsabilidad. Cuando es parcial, la responsabilidad existe, pero se atenúa.

## § 61. Advertencia metodológica

Al analizar el incumplimiento obligacional por causas no imputables a las partes nos detuvimos en la conceptuación y caracterización de la *causa ajena* como eximente (v. *Obligaciones* § 420 y ss.). En dicha parte, el enfoque estuvo orientado esencialmente al incumplimiento obligacional. A esta altura, centraremos el análisis en las particularidades que se presentan en la responsabilidad *extracontractual*, sin perjuicio de efectuar las pertinentes remisiones. En lo estrictamente *conceptual* cabe afirmar que no existen diferencias sustanciales (al menos, en lo medular) respecto de la caracterización de las tres eximentes del nexo causal. Por ello, corresponde —a fin de evitar reiteraciones innecesarias— una lectura coordinada entre ambas partes.

## § 62. Prueba de las eximentes y presunciones de causalidad en la responsabilidad obligacional. Remisión

Hemos analizado la cuestión en *Obligaciones* § 427 y 321.b, a donde remitimos.

## § 63. Prueba de las eximentes y presunciones de causalidad en la responsabilidad extracontractual

En el art. 1736 del CCyC se dispone: "*Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca*". Ello impone distinguir las siguientes situaciones.

*a) Ante la alegación de inexistencia de nexo causal*

La negativa del demandado de haber tenido alguna participación en el hecho dañoso, activa la primera norma del artículo: la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega. En rigor de verdad, en algunos casos se tratará de la prueba de la *intervención material* en la cadena causal fenomenológica, lo que activará —eventualmente— las presunciones que luego se indican (por ej., si en un accidente de tránsito, el demandado niega haber tenido participación en el hecho, ello indefectiblemente debe ser acreditado pro el actor; si se prueba, automáticamente se activa la presunción de los arts. 1757 y 1758 del CCyC).

*b) Ante la alegación de la ruptura del nexo causal*

En el caso en que el sindicado como responsable invoque la existencia de una *causa ajena*, la prueba de la eximente pesa sobre éste (art. 1736 *in fine* CCyC).

*c) Las presunciones de causalidad*

En el marco de la causalidad *a nivel de autoría* (y no en orden a *las consecuencias resarcibles,* lo que será analizado más adelante), entendemos que cabe distinguir dos situaciones:

*(i) La presunción general emanada de la intervención activa en la situación dañosa.* Probada dicha participación en el hecho dañoso, en nuestra opinión el art. 1736 del CCyC genera una *presunción iuris tantum, de origen legal,* que sólo puede ser enervada mediante la alegación y acreditación de las eximentes que producen la *ruptura* del nexo causal: caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima, y hecho del tercero por quien no se debe responder. Es lo que se ha dado a llamar una *presunción de adecuación causal* (PICASSO) que, naturalmente, no es de responsabilidad, pues para atribuir esta última deben además acreditarse los restantes presupuestos. En lo que sucede, por ej., en el caso de los daños causados por la intervención de las cosas o de las actividades riesgosas (arts. 1757 y 1758 CCyC). Pero también, en otras situaciones, la existencia de la participación en la situación dañosa puede llevar a inferir, *por las presunciones hominis*, la existencia de causalidad. Al respecto, advierte BUERES que el actor debe acreditar los elementos para que se tenga por vinculada la conducta y un cierto resultado. Luego, podrá presumirse la adecua-

ción de las consecuencias dañosas. En ciertos casos más dificultosos (por ej., responsabilidad médica), corresponde aligerar o flexibilizar las cargas probatorias, por ser en extremo dificultosa la prueba. De todas maneras, debe tenerse siempre en cuenta que la *causalidad virtual* no es un criterio válido de apreciación.

*(ii) Las presunciones legales específicas de causalidad.* Son harto excepcionales, y en nuestra opinión se han incorporado en los arts. 1760 y 1761 del CCyC (PICASSO): en el caso de una cosa suspendida o arrojada de un edificio que causa daños, sólo se libera quien demuestra que *no participó en su producción.* Por ende, si no acredita este hecho, se presume lo contrario. Lo propio sucede con los integrantes identificados de un grupo, ante un daño causado por un miembro no identificado de dicho grupo.

## § 64. El caso fortuito o fuerza mayor

En el art. 1730 del CCyC se dispone: "*Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos `caso fortuito´ y `fuerza mayor´ como sinónimos*".

### *a) Caracterización. Remisión*

Lo hemos analizado en *Obligaciones* § 425 y 426.

### *b) Efectos en las relaciones de obligación. Remisión*

Lo hemos analizado en *Obligaciones* § 428 y 429.

### *c) Efectos en la responsabilidad extracontractual*

Como sucede en la responsabilidad obligacional, el caso fortuito o la fuerza mayor *trasladan* la autoría del suceso dañoso a un hecho *ajeno* al sindicado como responsable, que no es ni del deudor, ni de un tercero por quien no se deba responder. En términos generales, *el efecto esencial* es idéntico en los ámbitos obligacional y extracontractual. Sin embargo, existen algunas particularidades en este último:

*(i) La prueba.* Debe alegarlo y acreditarlo quien es sindicado como responsable, siempre y cuando se pruebe su intervención en la situación dañosa. Pero a diferencia del campo obligacional, en la responsabilidad aquiliana "la demostración del caso fortuito puede producirse indirectamente, pudiendo surgir de la prueba colectada, incluso sin prueba producida por el actor o de hechos de pública notoriedad" (LÓPEZ MESA).

*(ii) Responsabilidad mediando caso fortuito.* En ciertas situaciones se responde por lo que es, desde la óptica de la causalidad adecuada, por el caso fortuito. Ello puede ser visto desde dos perspectivas: como una *excepción* a la ausencia de responsabilidad mediando esta eximente; o como —nos parece— como una *elongación* de la responsabilidad por la aplicación de las reglas de *otra teoría*, diferente a la causalidad adecuada.

Es por demás evidente que, de los supuestos contemplados en el art. 1733 del CCyC, cabe aquí excluir del análisis a todos aquellos casos que suponen una asunción *previa, por acto voluntario, del caso fortuito*, o los que llevan implícita la previa existencia de una obligación (por ej., estar en mora).

Se trata, aquí, de los supuestos de *imposición legal* de responsabilidad por caso fortuito (art. 1733 inc. b] CCyC), con mayor o menor extensión según los casos, entre los que cabe citar: si el caso fortuito constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad o si el caso fortuito *sobreviene por la culpa del responsable* (art. 1733 incs. d] y e] CCyC, *Obligaciones* § 429.d, y e); en el caso de la responsabilidad del gestor de negocios ajenos (art. 1787 CCyC); en el daño ambiental (art. 29, ley 25.675); daños nucleares (ley 17.048); etc.

## § 65. El hecho del damnificado

En el art. 1729 del CCyC se dispone: *"Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial".*

### *a) Caracterización*

Existe aquí un *aporte causal* de la víctima del daño que, o bien destruye la relación causal, o actúa como concausa del perjuicio, limi-

tando la indemnización en la medida de la incidencia causal del hecho del damnificado (PICASSO).

*(i) ¿Hecho o* culpa *de la victima?* Originariamente (y así estaba indicado en el Cód. Civil), la *culpa* de la víctima era la eximente. Ello generó una profunda discusión, en razón de que la culpabilidad presupone necesariamente *imputabilidad*, lo que —claramente— no es predicable de aquellos sujetos privados de discernimiento, lo que —a su vez— traía aparejados serios problemas a la hora de resolver situaciones en las que, claramente, existía un *hecho* de la propia víctima (aunque inimputable) que revestía los caracteres de inevitabilidad o imprevisibilidad para el sindicado como responsable (por ej., el caso de un niño de 5 años que cruza una calle y es embestido por un automóvil en circulación). Además, existía el cuestionamiento (válido) de que la *culpa* (jurídica) presupone una conducta *heterónoma* (esto es, en referencia a terceros), y no en orden a uno mismo. Imperó el criterio —harto razonable— que postulaba que si la actuación de la propia víctima fue causa adecuada del daño, no es razonable atribuir la responsabilidad a quien aparece como su causante (pese a haber intervenido), ya que se debería exigir a todos un estándar superior en aras a la previsibilidad del actuar ajeno (LÓPEZ MESA); constituyendo el *hecho de la víctima* una válvula de cierre que impide que se consagren iniquidades gravosas, en razón de que *quien se daña a sí mismo no puede responsabilizar a terceros.*

En el CCyC se receptan tales ideas, pues —vale reiterarlo— aquí, en materia de relación causal, se trata de la *atribución material de un suceso a un sujeto.*

*(ii) Excepciones.* Se indica en el art. 1729 del CCyC que, como excepción a la regla, *ley o el contrato pueden disponer que la eximente debe tratarse de culpa del damnificado, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.* Es, por ej., el caso del art. 4° de la ley 17.048 (de Accidentes Nucleares), cuyo inc. 2° exime de responsabilidad en caso de negligencia grave, o por acción u omisión dolosa de la víctima, total o parcialmente (LÓPEZ HERRERA), siendo entonces claro que el mero hecho de la víctima no exime de responsabilidad.

*(iii) Comprende situaciones personales de la víctima que puedan incluso ser desconocidas por ella.* En tanto y en cuanto se trate de situaciones *causales*, estas circunstancias pueden exonerar o, generalmente, limitar la atribución causal. Por ej., una enfermedad o dolencia preexistente que tiene incidencia causal en el daño que luego es provocado por *otro* hecho.

*(iv) Debe ser siempre imprevisible e inevitable.* Si bien ello no se indica de manera expresa (como sí en el caso del hecho del tercero —art. 1731 CCyC—), somos de la opinión que dichos requisitos son *comunes* a todo hecho ajeno.

### *b) El hecho de la víctima en la responsabilidad por incumplimiento obligacional. Remisión*

Nos hemos referido a la cuestión en v. *Obligaciones* § 430 y desarrollado en *Obligaciones* capítulo 27 (§ 410 y ss.).

### *c) El hecho de la víctima en la responsabilidad extracontractual*

En términos generales, la caracterización que hemos efectuado previamente no adquiere matices específicos en la responsabilidad extracontractual (aunque sí en la obligacional).

Cabe, empero, recordar que *la asunción de riesgos* (art. 1719 CCyC), en tanto y en cuanto *causalmente* constituya hecho de la víctima, exime total o parcialmente de responsabilidad, *sin* enervar la antijuridicidad de la conducta, para el caso en que pueda atribuirse al dañador (§ 39.a).

## § 66. Hecho del tercero

En el art. 1731 del CCyC se dispone: "*Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito*".

### *a) Dos situaciones diferentes*

El caso nos enfrenta ante un daño cuyo autor material directo ha sido un sujeto, y lo que se pretende es atribuirlo causalmente a otra persona. Por ello, hay que distinguir:

*(i) Terceros por los que se responde.* En este supuesto, *se asigna causalmente un suceso a quien no ha sido el autor material directo del hecho.* Ello no significa que no tenga algún tipo de intervención causal, desde la óptica de la *causalidad jurídica: se presenta un vínculo de derecho con el directo causante, previo al hecho dañoso, que*

*provoca que el ordenamiento también le atribuya causalmente el suceso:* el principal por el hecho del dependiente (art. 1753 CCyC) y todos los casos especiales que ella comprende; los padres por los hechos de los hijos (arts. 1754 y 1755 CCyC); las personas encargadas respecto de los hechos de aquéllos bajo su cuidado (art. 1756 CCyC); los integrantes de la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios ante el consumidor (art. 40, ley 24.240); los coobligados solidarios o indivisibles entre sí; en el caso del art. 47 de la ley de Residuos Peligrosos 24.051, donde su dueño o guardián no se exime *"por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso"*; etc.

*(ii) Terceros por los que no se responde.* Ante lo amplio de las normas antes indicadas, habrá que determinarse, en definitiva, si el sujeto que ha causado directamente el daño es o no un tercero por quien se debe responder. La carga de la prueba, en principio, pesa sobre quien alega la eximente (art. 1736 CCyC), aunque es claro que puede acudirse a *presunciones hominis.*

### *b) El hecho del tercero por quien no se responde debe ser inevitable e imprevisible*

Esto es, debe reunir los requisitos del caso fortuito. Por ende, y siempre bajo el criterio de previsibilidad *objetiva* propio de la teoría de la causalidad adecuada, deberá establecerse si era o no posible, especialmente, prever la actuación del tercero. Salvo en los casos en que la propia ley establezca un criterio de previsibilidad *en concreto*, de tipo subjetivo, como sucede en el recién citado caso del art. 47 de la ley 24.051.

### *c) En la responsabilidad obligacional*

No existen diferencias conceptuales entre ambos sistemas (v. *Obligaciones* § 431).

## § 67. La existencia de diversas causas en el hecho dañoso

La existencia de pluralidad de causas relevantes (§ 58), presenta las siguientes situaciones:

*a) Concurrencia del caso fortuito con el hecho del responsable. Atenuación de la responsabilidad*

En tal caso, éste se libera parcialmente en función del grado de contribución causal que ha tenido el caso fortuito en el hecho dañoso (por ej., si se trata de una filtración de agua en el inmueble del damnificado, habiendo existido vicios en el inmueble lindero de propiedad del responsable, pero también una fuerte lluvia que pudiera haber contribuido causalmente).

*b) Concurrencia del hecho del tercero con el del sindicado como responsable. Inexistencia de atenuación de la responsabilidad*

Como ya lo hemos señalado (v. *Obligaciones* § 431) en el caso de que se acredite la existencia de la concurrencia *causal* del hecho de una persona con un tercero, *frente a la víctima ambos serán responsables solidariamente* (art. 1751 CCyC), y por ende *no* hay eximición parcial de responsabilidad frente a la víctima, sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso que pudieran existir entre los corresponsables. Para liberar, pues, debe ser *exclusivo* y *excluyente*.

*c) Concurrencia del hecho de la víctima con el del responsable o del tercero por quien se debe responder. Atenuación de la responsabilidad*

En términos generales (y con prescindencia del factor de atribución), la concurrencia causal entre dañador (o el tercero por quien deba responder) y dañado, exime parcialmente de responsabilidad al primero, en la medida del grado de contribución causal al hecho.

*d) Concurrencia del hecho de la víctima con el dolo del responsable. Inexistencia de atenuación de la responsabilidad*

Para este caso, es de recibo la opinión que postula que dicho dolo *absorbe* el hecho de la víctima, considerándose como si el autor del dolo fuese el único causante del daño, siendo el hecho de la víctima sólo un mero instrumento del dolo (PIZARRO/VALLESPINOS, ORGAZ).

*e) Determinación del grado de incidencia causal*

En los casos en que existe eximición parcial de responsabilidad, dicho *grado de incidencia causal* debe ser establecido por el juez, en

base a las pruebas producidas. En la gran mayoría de los casos la *prueba pericial* será dirimente.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ACCIARRI, Hugo A., *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

AZAR, Aldo M., "Relación de causalidad", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*.

BUNGE, Mario, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Universitaria de Buenos Aires, 1978.

COMPAGNUCCI DE CASO, "Antijuridicidad y relación causal", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003-2, p. 21 y ss.

FIERRO, Guillermo J., *Causalidad e imputación*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

GALDÓS, Jorge M., "Relación de causalidad y previsibilidad contractual", RCyS 2015-X-19.

GHERSI, Carlos A., "Causalidad adecuada. Formulaciones varias aplicaciones en el Derecho positivo argentino", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003-2, p. 39 y ss.

GOLDEMBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2000.

JALIL, Julián E., "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial", LL del 11/12/2015, p. 6; LL 2015-F-454.

LÓPEZ MESA, Marcelo, "Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial", LL del 29/4/2015, p. 1; LL 2015-B-1108.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "Relación de causalidad y factores interruptivos en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-66.

PARELLADA, Carlos A., "Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003-2, p. 103 y ss.

RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-VI-5.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 17/12/1985, "Torre, Guillermo y otra v. Provincia de Buenos Aires", LL 1986-D-3.

CSJN, 11/2/2003, "Finardi, Alberto v. D'Odorico Propiedades SRL", RCyS 2003-II-101.

CSJN, 21/5/2002, "Ramírez, Ramón A. v. Virgen de Itatí Concesionaria de Obras Viales SA", LL 2002-E-479.

CSJN, 12/3/2002, "M., G. G. v. Clínica Privada Dr. Bessone", LL 2002-D-263.

CSJN, 16/11/2004, "Salcedo, Alberto v. Transportes Metropolitanos General Roca SA", JA 2005-II-782.

CSJN, 2/4/1998, "Risolía de Ocampo, María J. v. Rojas, Julio C. y otro", LL 1998-C.

CSJN, 16/2/1999, "Bulacio, Luis Alberto y otra v. Provincia de Buenos Aires y otra s/daños y perjuicios", La Ley Online.

CNCiv., sala A, 19/5/2009, "Calvanese, Pablo Ezequiel v. Transportes Automotores Riachuelo SA (TARSA) y otro", DJ del 4/11/2009.

CNCiv., sala A, 30/12/2008, "Dure, Delicia y otros v. Yaccuzzi, Abelardo", La Ley Online.

C. Apel. Civ. y Com. Junín, 31/3/2011, "Siccardi, Carlos Alberto y otro v. Lopetegui, Oscar Osvaldo y otro", La Ley Online.

CAPÍTULO V

# PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONT.). LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y SUS EXIMENTES

## I. CONCEPTUACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

### § 68. Noción

La asignación de autoría o la imputación material de un suceso a una persona, desde la óptica de la *causalidad,* no es requisito suficiente para arrogar la responsabilidad civil por aquellos actos que causan daños, o por el incumplimiento obligacional (provoque o no daños resarcibles). Es necesario además un *factor de atribución.*

ZAVALA DE GONZÁLEZ enseña: son *razones que justifican la responsabilidad,* al evidenciar como *justo* que el daño sea *prevenido o reparado* por determinadas personas. Constituyen la *explicación axiológica* de la obligación de impedir o de resarcir un perjuicio, *dirigiendo* esa obligación a quien debe responder. En efecto, no se trata aquí de imputar el suceso dañoso (o el incumplimiento obligacional, agregamos nosotros) a una persona, desde el plano *fáctico,* pues de ello se encarga la relación de causalidad. Aquí, *establecida la causalidad* (que es *anterior* al factor de atribución, ya que éste presupone aquella), el ordenamiento, a través de los *factores de atribución,* da los *fundamentos o las razones de justicia por los cuales manda a soportar el daño al responsable, haciendo nacer la obligación de repararlos, o haciendo pesar las consecuencias del incumplimiento obligacional en cabeza del acreedor o del deudor, según el caso.*

Son, en definitiva, el *por qué* de la responsabilidad civil.

## § 69. Clasificación

Los factores de atribución son *subjetivos* y *objetivos*.

### *a) Subjetivos*

Reposan en un *juicio de reproche de la conducta, según el "querer" del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético* (BUSTAMANTE ALSINA). La *culpabilidad*, en sentido amplio, admite dos manifestaciones (art. 1724 CCyC): el *dolo* (en donde el querer se dirige a la causación de un daño —en sentido amplio— a otro), y la *culpa* (en donde el querer trasunta una falencia en la conducta que le era exigible en concreto al sujeto, pese a la ausencia de intención dañina). Presumen necesariamente la *imputabilidad* del sujeto, esto es, la existencia de discernimiento, intención y libertad.

### *b) Objetivos*

Aquí, el *juicio de reproche de la conducta prescinde, de manera absoluta, del querer del agente, y se posa en otras valoraciones axiológicas, atendiendo a la acción en sí misma, que el ordenamiento repudia al considerarla "reprobable o anormal"* (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

Surgieron, con identidad propia, a fines del Siglo XIX en razón de las iniquidades que generaban los sistemas de responsabilidad basados exclusivamente en la culpabilidad, los que no brindaban respuestas satisfactorias en ciertas situaciones, ante el avance de la ciencia, las tecnologías y la masificación social. Ellos son el riesgo o vicio de las cosas, el riesgo de las actividades, la garantía, la seguridad, la equidad, la igualdad ante las cargas públicas, etc. Como se analizará, la existencia o no de culpabilidad es irrelevante para atribuir responsabilidad (art. 1722 CCyC).

## § 70. Coexistencia de ambos. ¿Rol residual de la culpa?

Originariamente la responsabilidad civil de la era moderna se sustentó de manera exclusiva y excluyente en la *culpabilidad*, considerado ello como uno de los hitos más importantes en la responsabilidad civil: al causante del daño se le impone la obligación indemnizatoria porque no ha actuado como hubiera debido hacerlo y porque de haber actuado bien, el daño no habría sobrevenido (DÍEZ PICAZO, LÓPEZ MESA).

Pero el rápido avance de los tiempos hizo surgir los factores objetivos, aunque de manera excepcional. Con posterioridad, ya entrado el siglo pasado, estos últimos fueron ganando terreno, poniendo en jaque el imperio de la culpa como factor primordial, y válvula de cierre, generándose un amplio debate al respecto. En nuestro medio, la idea dominante fue que *cualitativamente* ambos estaban en pie de igualdad, sin perjuicio que en lo cuantitativo los factores objetivos prevalecían. El problema *sustancial, de fondo* (esto es, la determinación de cuál de ellos ha de prevalecer, más allá de lo que las normas dispongan) se encuentra impregnado de factores ideológicos, políticos, sociológicos y económicos.

La elongación del ámbito de aplicación de los factores objetivos ha generado una *tensión* entre la culpa y el riesgo, que lejos está de haberse resuelto, pero que en Argentina se ha volcado decididamente hacia los factores objetivos.

En el art. 1721 del CCyC se dispone: "*Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa*".

No existe, pues, un orden jerárquico entre ambos. Pero, de manera subsidiaria, se dispone que la *culpa* es el factor de atribución. En rigor de verdad, esta norma será de poca aplicación. Como se analizará, la ley dispone en múltiples situaciones cuándo el factor de atribución es *subjetivo*, y la elasticidad y fuerza expansiva de los factores objetivos (en especial, la *actividad riesgosa*), nos lleva a pensar que pocos serán los casos *en concreto* en los que se presentará la "ausencia de normativa" (general o especial) prevista como presupuesto para la asignación del factor subjetivo. Además, agudamente se ha advertido que la responsabilidad por *actos involuntarios* (art. 1750 CCyC) es ahora plena y se ha expandido (lo que compartimos - § 172), razón por la cual, aun cuando en este caso se limite la responsabilidad, en última instancia se aplica la equidad como factor de atribución (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

## § 71. La determinación del factor de atribución en la responsabilidad obligacional. Remisión

En dicho ámbito, el factor de atribución depende de si la obligación es de medios o de resultado (v. *Obligaciones* § 194 y ss.).

## II. FACTORES SUBJETIVOS. SUS EXIMENTES

### § 72. El dolo

En el art. 1724 del CCyC se dispone que *"El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"*.

#### *a) La cuestión en el Cód. Civil*

En el ordenamiento anterior el dolo tenía tres acepciones, habiéndose generado algunos contrapuntos sobre ciertas cuestiones:

*(i) Dolo como vicio de la voluntad.* Se trata del engaño, la astucia o la maquinación ejercida por una persona sobre otra, a fin de que esta última otorgue un acto jurídico, lo que viciaba la intención del acto voluntario, siempre y cuando se reunieran los requisitos legales (arts. 931 y ss.).

*(ii) "Dolo-delito".* En el art. 1072 del CCyC se disponía, para la responsabilidad extracontractual, que *"el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito"*. Se discutía si el vocablo "intención" se correspondía con el elemento interno de la voluntad, o si se refería la voluntad de dañar; asimismo, si era necesario el conocimiento respecto de la ilicitud del acto, o si sólo bastaba la intención dañina; por último, si comprendía no sólo el dolo *directo*, sino también el *indirecto* y el *eventual*. Primó, finalmente (aunque no de manera unánime) una postura amplia, en donde lo verdaderamente determinante era la actitud del agente ante el resultado que se ha representado, haya o no intención de causar el daño (PIZARRO/VALLESPINOS, CASEAUX).

*(iii) "Dolo obligacional".* Sin estar definido, en el art. 506 del Cód. Civil se disponía que el deudor era responsable *"por dolo suyo en el incumplimiento de la obligación"*. Se entendió que se configuraba cuando el deudor no cumplía *deliberadamente* la obligación, pudiéndola cumplir, exista o no intención dañina (BORDA, LLAMBÍAS, A. ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA, PIZARRO/VALLESPINOS). En relación a la expresión *malicia* del art. 521 del Cód. Civil (en cuyo caso se extendía la responsabilidad por incumplimiento obligacional a las consecuencias *mediatas*), primó la postura que entendía que no se trataba de un dolo calificado, y que se refería al mismo dolo, esto es, al incumplimiento deliberado de la obligación.

#### *b) Caracterización en el Cód. Civil y Comercial*

La actitud *dolosa* importa, en todos los casos (se trate o no de responsabilidad civil), la existencia —por parte de quien así actúa—

de un ánimo malsano, dañino, nocivo, o perjudicial hacia los terceros. Constituye la *absoluta contracara de la buena fe,* su negación misma. El ordenamiento lo repudia con el mayor rigor, tratando con mayor benevolencia a quien obra con culpa.

Se mantiene el dolo como vicio de la voluntad, en el art. 271 del CCyC, en términos similares al Cód. Civil.

En orden al dolo como factor de atribución subjetivo de la responsabilidad civil, las locuciones empleadas en el art. 1724 del CCyC (*"de manera intencional"* o —disyunción— *"con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"*), nos lleva a pensar que no se trata aquí solamente de la "intención" como elemento interno de la voluntad, sino *además* con un *propósito dañino*, entendido el vocablo "daño" como "daño resarcible", sino en el sentido amplio del art. 1737 del CCyC: el dolo ha de configurarse por la existencia de una conducta cuya finalidad sea la afectación directa de los intereses de terceros, o que trasunte una manifiesta indiferencia hacia ellos.

Por ende, comprende tanto el dolo directo, el indirecto y el eventual. Bastará, pues, con la mera representación de las eventuales consecuencias del acto.

En consecuencia, entendemos que en el caso de las trágicas "picadas" —carreras de automotores en la vía pública—, a los fines de la responsabilidad civil la conducta ha de juzgarse dolosa.

Desaparecen así, las diferencias que algunos postulaban entre el dolo obligacional y el delictual: bastará siempre el incumplimiento deliberado de la obligación, sea ello de manera intencional, o con manifiesta indiferencia por los derechos de la otra parte.

### *c) Dolo y culpa grave*

La culpa grave consiste en una *falta extrema de negligencia*, como se la definía en el art. 1604 del Proyecto de 1998. En el dolo eventual (no ya en el directo y el indirecto), aunque no existe una finalidad maligna, se evidencia una despreocupación por el probable daño ajeno, y una suerte de *esperanza* de no dañar (ZAVALA DE GONZÁLEZ). La conexión entre ambos conceptos es indiscutible y, como señala dicha jurista, "es cuestión íntima del dañador, sin relieve práctico", pues "al igual que en el dolo eventual, la culpa grave revela *indiferencia* e incluso *menosprecio* frente a tal contingencia". En nuestra opinión, la *"manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"* contemplada en

el art. 1724 del CCyC permitiría afirmar que la culpa grave —si bien sutilmente diferente, en lo ontológico— se encuentra jurídicamente asimilada al dolo eventual y, por ende, al dolo en general en lo atinente a los efectos *propios* del dolo. De hecho, cuando se menciona a la *culpa grave* en el CCyC (arts. 1771, 1869, 1867), se consagran los mismos efectos que para el dolo; y lo propio sucede en la Ley de Seguros 17.418 (arts. 70, 72, 105, 114 y 152).

*d) Prueba del dolo*

En el art. 1734 del CCyC se dispone que la prueba de los factores de atribución pesa sobre quien los alega, salvo disposición en contrario. Si bien existen presunciones legales de culpa, no las hay de dolo, y es de toda lógica: el ordenamiento no puede presumir que una persona actúa de esa manera.

Por ende, salvo la *confesión* del autor de la conducta dolosa (o la prueba acabada de que se manifestó en tal sentido), la prueba de dicho factor de atribución ha de surgir de las circunstancias que rodeen al acto (cuya acreditación estará a cargo de quien invoque el dolo). Para ello, no es necesario escudriñar psicológicamente en la voluntad del agente, ni recurrir al juicio de especialistas (peritos), sino que las *presunciones hominis* constituirán el elemento determinante. Es que —así como sucede en la culpa— no se trata exclusivamente de un enfoque puramente psicológico (en definitiva, es imposible penetrar en la psiquis del agente), sino que lo que interesa es cómo se revela ese querer mediante los hechos exteriores que se obran (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

*e) Efectos propios del dolo*

*(i) En la autoría del suceso dañoso.* El dolo absorbe para sí la causalidad en la autoría de un suceso dañoso o el incumplimiento obligacional, aun cuando exista alguna conducta culposa del damnificado (§ 67.d).

*(ii) Consecuencias indemnizables.* Si bien en principio se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726 CCyC), y en materia contractual las que las partes previeron o pudieron prever (art. 1728 CCyC), no cabe dudar que *todo* aquel daño que haya sido querido por el agente doloso ha de indemnizarse, aun cuando se trate de consecuencias que —en puridad de conceptos— excedan las mediatas. De hecho, en el art. 1728 del CCyC se dispone que "*cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija*

*tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento".*

*(iii) Invalidez de las cláusulas de dispensa anticipada de responsabilidad. Remisión.* Sean éstas totales o parciales (art. 1743 CCyC - § 127 y ss.), aunque es viable la renuncia *posterior* a los efectos del dolo.

*(iv) En la solidaridad: efectos personales y ausencia de acción de regreso.* Las consecuencias del incumplimiento doloso son personales, y no propagan efectos a los restantes codeudores o coacreedores solidarios (art. 838 CCyC - *Obligaciones* § 247.c). Además, si bien no se prevé expresamente (art. 1751 CCyC), en el caso de coautoría en un suceso dañoso quien obró con dolo carece de acción de regreso en contra de los restantes coobligados (v. *Obligaciones* § 249.d).

*(v) No liberación en caso de consentimiento del damnificado.* Ello surge del art. 1720 del CCyC, por su irrelevancia en el caso en que dicho consentimiento sea producto de una "cláusula abusiva".

*(vi) En el incumplimiento contractual.* En el art. 1084 inc. d) del CCyC se dispone que se debe tener especialmente en cuenta, a la hora de calibrar el incumplimiento contractual, si éste es intencional (GALDÓS).

*(vii) En los daños punitivos.* Si bien el art. 52 bis de la ley 24.240 es ambiguo al respecto, somos de la opinión que la sanción allí prevista es aplicable en caso de dolo o culpa grave, o en situaciones excepcionales (§ 120.c).

*(viii) Improcedencia de la atenuación de la indemnización.* En el art. 1742 del CCyC se dispone la posibilidad de atenuar la indemnización por razones de equidad, en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y demás circunstancias del hecho; pero ello no es viable en caso de dolo del responsable.

*(ix) En los sistemas tarifados de responsabilidad.* Cuando existe dolo (o culpa grave, en algunos casos), la limitación legal de responsabilidad no procede (por ej., el art. 39 de la ley 24.557 de Accidentes Laborales).

### § 73. La culpa

En el art. 1724 del CCyC se dispone: *"...La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación*

*y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión".*

*a) Caracterización*

Ha sido el factor de atribución *por excelencia* de la responsabilidad civil (en especial, a partir del Cód. Civil francés, cuyo eje central —tributario de las ideas de DOMAT— era ella) y que se verifica —esencialmente— por una *omisión en concreto* de observar un comportamiento diligente (en función de lo que las circunstancias exigían), más la *ausencia del propósito deliberado de causar un daño o incumplir una obligación* (PIZARRO/VALLESPINOS), ni tampoco menosprecio de hacia el resultado lesivo (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

El concepto del art. 512 del Cód. Civil, unánimemente aclamado, se mantiene en toda su plenitud sustancial, si bien con algunos ajustes. Allí se disponía: *"La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*. Si bien se encontraba emplazada en el ámbito de la responsabilidad contractual, se entendió aplicable al de la extracontractual, sin dificultad alguna, en donde no se la definía (art. 1109, Cód. Civil).

En nuestra opinión, la locución *obligación* debe entenderse comprensiva tanto de las relaciones de obligación en particular, como así también del deber jurídico genérico de no dañar. El concepto de culpa es *uno sólo*, tanto para la responsabilidad extracontractual y la obligacional, sin perjuicio de las particularidades que puedan presentarse en cada caso (§ 17).

La culpa se puede manifestar de diversas maneras, que pueden presentarse de manera individual o conjuntamente:

*(i) Imprudencia.* Se trata de una conducta *positiva*, que a la vez trasunta una grave omisión de cuidado. La acción se ejecuta de manera precipitada, no adecuada, prematura o irreflexiva (GALDÓS, PIZARRO/VALLESPINOS). Por ej., cuando un automovilista circula a excesiva velocidad.

*(ii) Negligencia.* Consiste en no adoptar las debidas precauciones que el caso requiere. No prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño (PIZARRO/VALLESPINOS). Se trata de una conducta netamente omisiva, que de haberse adoptado hubiera evitado la situación dañosa. Por

ej., el docente que no controla el comportamiento de sus alumnos durante una clase.

*(iii) Impericia.* Importa el desconocimiento o incumplimiento de las reglas propias del arte, la ciencia o la profesión: se actúa con *incapacidad técnica*, apartándose del estándar del comportamiento medio del buen profesional (GALDÓS). Por ej., un médico no observa las medidas de asepsia necesarias para una intervención quirúrgica, e infecta al paciente.

### *b) Graduación de la culpa*

*(i) Antecedentes.* En el derecho romano, la culpa podía ser *grave, leve* o *levísima*, y ello se trasladó a algunos ordenamientos, manteniéndose la distinción —fundamentalmente— entre culpa grave y leve (Cód. alemán, italiano, etc. —BUSTAMANTE ALSINA—).

*(i.1.) Culpa grave.* Consiste en no haber tomado las precauciones más elementales que toda situación requiere, a fin de no causar un daño. Se trata de una *culpa grosera.* La situación es rayana con el dolo eventual, como acabamos de analizar.

*(i.2) Culpa leve.* Es la culpa apreciada en abstracto (comparando la conducta con la del *buen padre de familia*) o en concreto (apreciándola según las propias circunstancias del sujeto, en orden a qué cometería y qué no). Importaba un tratamiento más benigno para su autor, en comparación con la anterior.

*(i.3) Culpa levísima.* Se responde de la más leve culpa, comparándose la conducta con la del diligentísimo padre de familia.

*(i.4) La cuestión en el Cód. Civil.* VÉLEZ SARSFIELD rechazó la teoría de la gradación de culpas en la nota al art. 512 del Cód. Civil, lo que fue aplaudido por la doctrina, que de mayoritariamente consideraba la pertinencia de la solución, aunque en algunas normas (arts. 413, 2202, 2291, etc.), la graduaba.

*(ii) El Cód. Civil y Comercial. ¿Se ha receptado la distinción?* Si bien es claro en el art. 1724 del CCyC no se dispone sobre la graduación de la culpa, somos de la opinión que *cabe predicar la distinción entre culpa grave y "culpa" en general, pero con un sentido diferente al tradicionalmente postulado:* no se trata aquí de "descubrir" culpas leves para *eximir* de responsabilidad (cuando el factor de atribución es subjetivo), sino, *por el contrario*, de que cuando se presenta la *culpa grave* (§ 72.c), *existe una correlativa agravación de la responsabilidad civil, pues debe ser asimilada al dolo.* Por ello, referirse a culpa *leve* luce inapropiado, pues no se trata de eso, sino de algo diferente. En otras palabras: en tanto y en cuanto exista la omisión en concreto

de observar un comportamiento diligente, con ausencia de intención dañina, *habrá culpa*, en el concepto *amplio, atípico y extenso que nos presenta el CCyC;* y la situación se tornará más embarazosa para el autor del hecho cuando la culpa haya sido *grave,* pues en tal caso su conducta será pasible de un reproche cualitativamente superior al del obrar culposo.

### c) *Apreciación de la culpa: el criterio mixto. Excepciones*

La determinación del obrar culposo puede realizarse, o bien *comparando* la conducta con un parámetro *abstracto,* en cuanto *modelo de comportamiento;* o bien *en concreto*, esto es, atendiendo al sujeto mismo cuya conducta se valora, y a todas las circunstancias que lo rodean (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Así, las circunstancias de las *personas* se manifiestan, por ej., en una mayor preparación profesional que agrava los deberes en concreto (art. 1725 CCyC); con respecto al *tiempo*, por ej., son mayores las diligencias que deben adoptarse ante ciertas contingencias climáticas; con relación al *lugar,* por ej., es diferente si un médico debe atender a un accidentado en la vía pública, que en un centro de salud.

Si bien tradicionalmente, a la luz del art. 512 del Cód. Civil, se postuló que la valoración era *en concreto*, la doctrina terminó por coincidir en que el sistema era mixto: el juez analizaba el caso en concreto, pero luego confrontaba la conducta con un cartabón abstracto, comparando la conducta obrada y las circunstancias propias del sujeto (incluso la existencia de calidades especiales que agravaban su deber de diligencia —art. 902, Cód. Civil—), con la que hubiera debido observar "un hombre prudente" en las mismas circunstancias (PIZARRO/VALLESPINOS).

En el CCyC se mantiene el mismo sistema, y por eso "salvo contratos *intuitu personae* o que evalúan potencialidades destacadas del posible dañador, la ley computa una previsibilidad *común* o *media.* No excusa una *inferior condición intelectual del sujeto o un defectuoso temperamento.* Los torpes, nerviosos, débiles o ignorantes no pueden invocar su carencia o falla de aptitudes para fundar inculpabilidad. Lo expuesto significa que la conducta *real* evaluada, debe compararse con la conducta *debida,* la cual no puede emparejarse con la del propio obligado, si significa debilitar las exigencias con motivo de su habitual tendencia descuidada o imprudente. No sucede lo mismo en la situación inversa, porque *a mayor previsibilidad,* se impone al agente una superior diligencia (art. 1725, 1° párrafo)" (ZA-

VALA DE GONZÁLEZ). Ahora bien, y como se dispone en dicha norma, es posible tomar en cuenta dichas condiciones personales cuando el contrato supone una confianza especial entre las partes.

Además, existen algunas excepciones a favor de la valoración *exclusivamente en concreto*. Así, en el caso del gestor de negocios ajenos, *"su diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios"* (art. 1786 CCyC).

### *d) Agravación de la responsabilidad: existencia de deberes calificados de conducta*

En el art. 1725 del CCyC se dispone: *"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. 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. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente"*.

Como se acaba de indicar, las condiciones personales del sindicado como responsable *sólo pueden ser valoradas para establecer la culpa cuando agravan el deber de diligencia en concreto.*

Por ende, con mayor rigor se apreciará la conducta de un médico especialista, que la de quien no lo es; lo propio acontecerá si el contrato supone la existencia de una *confianza especial.*

Si bien se ha postulado que la norma sería, en rigor de verdad, una regla atinente exclusivamente a la relación causal (LÓPEZ HERRERA), compartimos la opinión que postula que, por una parte, se refiere a ella (en función de la previsibilidad de las consecuencias), pero también afina el criterio para valorar *la culpa*, como se ha expuesto (ZAVALA DE GONZÁLEZ, GALDÓS).

### *e) La previsibilidad en la culpa y en la relación de causalidad*

El *juicio de previsibilidad* en la relación causal, propio de la teoría de la *causalidad adecuada*, se realiza absolutamente *en abstracto*, de acuerdo a lo que sucede según el curso natural y ordinario de las cosas, a fin de atribuir la causación *material* de un hecho a un sujeto.

Establecida la causalidad (lo que constituye un *prius lógico ineludible*), si el factor de atribución de la responsabilidad es *subjetivo*, debe *luego* valorarse la conducta a la luz del criterio *mixto* recién indicado, que consiste en *comparar* lo que *se hizo* con lo que se debía hacer. El criterio de previsibilidad es, pues, diferente.

De allí, que puede haber causalidad *sin culpa*, pero nunca culpa sin causalidad, porque la culpa presupone la autoría en el suceso (§ 45).

### *f) Culpa y antijuridicidad. La existencia de normas de conducta concretas*

La antijuridicidad es una *calificación* de la conducta que ha obrado un sujeto, confrontándola con el ordenamiento jurídico: si la repudia, el acto es ilícito; si es acorde a aquél, el acto es lícito. Es un concepto *objetivo*, que prescinde, de manera absoluta, de la *voluntariedad* del agente y, por ende, en nada incide la existencia o no de culpabilidad (§ 33.b).

Si la conducta es *ilícita*, cabe luego (si el factor de atribución es subjetivo, y el sujeto es *imputable*), valorar si ha existido o no culpa.

Sucede, empero, que cuando se trata de *impericia*, las *reglas* del arte, la ciencia o la profesión, tienen una doble función: permiten determinar la existencia de antijuridicidad, en primer lugar; y, si el sujeto es *imputable*, dicha infracción genera un *fuerte indicio de culpa*, pero por sí solo no la configura, ya que debe valorarse en el caso en concreto. Lo propio sucederá en el caso de *imprudencias* "regladas", como sucede en el caso de las normas de circulación en la vía pública.

### *g) Culpa civil y culpa penal*

La doctrina mayoritaria postula la *unicidad* del concepto de culpa. A ello no obsta el concepto normativo del art. 1724 del CCyC, que es idéntico, en lo sustancial, al que se predica en el ámbito del derecho penal.

Las diferencias están en su *apreciación*. Es que mientras en el derecho penal se registra un escuerzo para indagar *la actitud subjetiva del agente*, en el ámbito civil la mira se centra en un *defecto de conducta misma* que, además de antijurídica, presenta fallas en comparación con un obrar promedio de personas diligentes (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Ello se debe a que la sanción penal se impone sólo en caso en que la culpa esté probada de manera acabada; en caso de duda, prima el principio de inocencia, y de allí que los esfuerzos se orienten a probarla de manera indubitada. En cambio, en el ámbito resarcitorio, el criterio de valoración es *más flexible*, existiendo incluso presunciones legales, además de que puede llegar a inferirse mediante las presunciones *hominis*.

### *h) Los casos de responsabilidad subjetiva en el CCyC*

En múltiples situaciones, se consagra *expresamente* la culpa como factor subjetivo.

Entre otros, cabe citar responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas (art. 160 CCyC); también los administradores y otros integrantes de las personas jurídicas en caso de liquidación (art. 167 CCyC); en caso de dolo (arts. 271 y ss. CCyC) o simulación (art. 337 CCyC); en el mandato, en caso de inexistencia o exceso en la representación y en el de sustitución (arts. 376 y 377 CCyC); responsabilidad del transportista por la pérdida del equipaje de mano y demás efectos que han quedado en custodia del pasajero (art. 1294 CCyC); el tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 118 CCyC); responsabilidad del tutor por la mala administración (art. 134 CCyC); responsabilidad en caso de contratos sobre bienes ajenos (art. 1008 CCyC); en la gestión de negocios (art. 1786 CCyC); los profesionales liberales, salvo en el caso en que se haya comprometido un resultado (art. 1768 CCyC); etc.

### *i) La eximente de la culpa: la prueba de la conducta diligente o "no culpa"*

Cuando la responsabilidad es subjetiva, la *culpa* tiene una eximente propia: la prueba de la *conducta diligente*, esto es, la que es apropiada atento a las circunstancias de personas, tiempo, modo y lugar. La *carga* de la prueba depende de algunas variables que analizamos a continuación.

### *j) Prueba de la culpa y la eximente en la responsabilidad extracontractual. Presunciones legales de culpa*

La regla general, que surge del art. 1734 del CCyC, es que la carga de la prueba del factor de atribución pesa sobre quien lo alega, excepto disposición legal en contrario. Pero se dispone en el artículo

siguiente: "*Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa*".

*(i) Regla general: la culpa no se presume.* En principio, no cabe presumir la existencia de culpa, aun cuando el acto sea antijurídico.

*(ii) Prueba de la culpa no presumida.* Quien alega la culpa de un tercero debe probarla, pudiendo acudir a todos los medios de prueba, inclusive las *presunciones hominis*, que en este caso serán de *capital importancia*, en razón de la dificultad intrínseca que trae aparejada la prueba de la culpa psicológica, como se ha visto.

Sin embargo, se dispone en el art. 1735 del CCyC que el juez puede hacer pesar la carga de la prueba de la *culpa* del sindicado como responsable (en este caso, sobre la víctima), o de la *ausencia de culpa* (en este otro caso, en cabeza del demandado) sobre aquél que se encuentre en mejores condiciones de acreditarlo. Además, que *podrá* comunicarlo a las partes si lo considera pertinente. Ello importa la recepción de la *teoría de las cargas dinámicas de la prueba*, lo que apoyamos, aunque no en el modo en que se ha efectuado: entendemos que el juez *debe* aplicar dicha norma, no siendo meramente facultativo para él.

La teoría de las cargas dinámicas, se sustenta en una circunstancia de estricta justicia: en el marco de un proceso judicial, quien está en mejor situación de aportar una prueba, *no tiene un derecho a permanecer pasivo*. Puede hacerlo, pero cargará con las consecuencias jurídicas de la incerteza. Es que no es posible exigir, en ciertos casos, la prueba de extremos de imposible o muy dificultosa acreditación, siendo que la otra parte se encuentra en mejores condiciones. Si no lo hace (y es claro que en este caso se trata del *propio interés*), es razonable que cargue con las consecuencias. Por otra parte, no nos convence la *facultad* que se concede al juez, rayana con la arbitrariedad, de aplicar la norma a su sola voluntad. El vocablo "puede", que tantos dolores de cabeza ha traído en varias situaciones, es desafortunado. Es que se trata de una cuestión netamente *objetiva:* la carga de la prueba se traslada cuando para la otra parte es imposible o sumamente dificultosa. No es una cuestión discrecional. Además, la *comunicación* a las partes que la norma prevé no sólo podría eventualmente importar un adelanto de criterio del juzgador (quien debe ser muy prudente a la hora de manifestarse, ya que —incluso— podría estar en discusión si el factor de atribución es subjetivo u objetivo), sino que presenta dificultades en su materializa-

ción. Entendemos que tal comunicación debe ser formulada al dictar el decreto que abre a prueba la causa (en los procesos ordinarios), o en el mismo decreto de admisión de la demanda (en los procesos en los que la prueba se ofrece juntamente con la demanda y su contestación), para así dar la oportunidad a las partes de ejercer plenamente su derecho de defensa. Autorizada doctrina, por cierto, postula que el juez debería prescindir de esta comunicación, y aplicar siempre la norma (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

*(iii) Presunciones legales de culpa.* En ciertas situaciones, el legislador *presume iuris tantum* la culpa del agente que ha obrado de manera antijurídica, invirtiéndose la carga de la prueba: será el autor del hecho quien deberá demostrar que *no obró con culpa,* o sea, que su actuar fue *diligente.* Es el caso, por ej., de la responsabilidad de los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores (art. 1756 CCyC).

### *k) Prueba de la culpa y la eximente en la responsabilidad por incumplimiento obligacional en las obligaciones de medios. Presunciones legales. Remisión*

En el ámbito obligacional, y como antes se ha expuesto, la situación debe vincular dos cuestiones: las reglas relativas a la prueba del *cumplimiento* y las de la prueba del *incumplimiento,* siempre aquí en el terreno de las *obligaciones de medios,* que son aquéllas en las que el factor de atribución es *subjetivo.*

Lo dispuesto en el art. 1734 del CCyC debe conjuntarse con el art. 894 inc. a) del CCyC, en el que se establece que en las obligaciones de *hacer* la prueba del pago corresponde al deudor. Hemos analizado la cuestión en *Obligaciones* § 321.c (en general y respecto al incumplimiento absoluto, en donde la interacción entre ambas normas es compleja), y en *Obligaciones* § 402.e y f (en lo atinente a la mora en donde, entendemos, existe una *presunción legal* de culpa).

Resta agregar aquí que, particularmente en el terreno del incumplimiento absoluto, se activa de manera dirimente la teoría de las cargas dinámicas de la prueba del art. 1735 del CCyC, muy especialmente en el ámbito de las responsabilidades profesionales.

### *l) Dispensa anticipada de la culpa. Remisión*

Tratamos la cuestión en el § 132.

# III. FACTORES OBJETIVOS. SUS EXIMENTES

## A. CONSIDERACIONES GENERALES

### § 74. Origen y evolución

#### *a) Los orígenes*

En el derecho romano primitivo, la responsabilidad surgía en razón de haberse cometido conductas tipificadas, sin que tuviera incidencia en la decisión del magistrado la voluntariedad o la negligencia de la conducta (LÓPEZ MESA).

La evolución del derecho, a partir de la idea de dolo, comenzó a perfilar el concepto de culpa en cuanto obrar negligente y descuidado, aunque la evolución fue lenta. Fue así como la culpa finalmente se erigió en el fundamento de la responsabilidad civil. Advierte DÍEZ PICAZO que el proceso evolutivo que conduce desde el derecho romano a la codificación decimonónica no fue lineal, y que fue la Escuela del Derecho Natural la que dotó a la responsabilidad extracontractual de una nueva base y una configuración dogmática, en especial GROCIO y PUFFENDORF, a quien siguió la mayor parte de la literatura jurídica del siglo XVIII. DOMAT y POTHIER, en este marco, fueron decisivos en el Cód. Civil francés de 1804, lo que llevó a consagrar a la culpa como *el* fundamento de la responsabilidad.

#### *b) La aparición de la "teoría del riesgo"*

Sin embargo, a fines del siglo XIX la responsabilidad basada en la idea de culpa entró en crisis, en razón del inusitado aumento de accidentes derivados del empleo de maquinarias, en el marco del notable crecimiento de la industrialización y la producción de bienes. Es que la *prueba de la culpa* (que no se presumía, y por ende, debía ser acreditada por la víctima) comenzó a resultar de casi imposible producción, razón por la cual los reclamos resarcitorios eran rechazados.

Surgió así la *Teoría del Riesgo Creado*, esbozada originariamente por SALEILLES, y defendida con mayor precisión por JOSSERAND (PIZARRO). Indica JOSSERAND que "el deseo de asegurar a la víctima de un daño injustificado una reparación legítima, la preocupación también de acudir en ayuda de los débiles imponiendo la carga de la responsabilidad a los fuertes, han hecho que se doblegue en eventualidades cada vez más numerosas el derecho común de la responsabilidad y el principio tradicional de que no podía haber una responsabilidad sin una culpa regularmente robada... este principio conduciría en muchos casos a sacrificar a la víctima". Así, postula la existencia de "responsabilidad delictual *sin* culpa probada, la que denomina *responsabilidad objetivada, responsabilidad de pleno derecho,* o *responsabilidad causal,* que sustituye a la responsabilidad subjetiva, y comprensiva de la responsabilidad por el hecho ajeno y por

el hecho de las cosas; agregando que son casos "extraños a toda idea de culpa, ni aun supuesta, aún ficticia, y que se refieren incontestablemente a la noción del *riesgo creado*". Citando varios antecedentes jurisprudenciales franceses, y algunas leyes en dicho sentido, señala que "el riesgo se sitúa frecuentemente en la base de la responsabilidad, abierta, eficazmente y vence al concepto subjetivo de culpa, sin miramientos ni subterfugios", comprendiendo —entre otros supuestos— al riesgo del empleador; los daños materiales o corporales causados no a los obreros, sino a terceros; los daños cometidos por delitos a mano armada; el *riesgo judicial*, en caso de injusta condena; la navegación aérea; los hechos de guerra; agregando la responsabilidad por el hecho del encargado, de los animales y de las cosas inanimadas. Todas estas responsabilidades, concluye, se encuentran liberadas *"de ese concepto subjetivo y moral, de ese pecado jurídico que se llama culpa"*.

### c) La situación en Argentina

En nuestro país, la teoría del riesgo comenzó a penetrar bien entrado el siglo pasado, de manera harto excepcional y sin fundamentos normativos explícitos. No fue sino hasta la reforma del año 1968, con la ley 17.711, donde se produjo el gran punto de inflexión, a partir de la consagración de la responsabilidad objetiva por *riesgo o vicio de las cosas* (art. 1113), la responsabilidad por daños causados por actos involuntarios (art. 907), la derivada del exceso en la normal tolerancia entre vecinos (art. 2618), la de las personas jurídicas (art. 43), y la reformulación de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.

La problemática de los accidentes de tránsito y la de la responsabilidad por productos elaborados, comenzaron a abrir paso a una interpretación *extensiva* del art. 1113, que se empezó a limitar el papel de la culpa, antes indiscutido. El viraje ideológico de la responsabilidad civil, en el sentido de brindar mayor protección a las víctimas de daños *injustos*, sumado a la aparición de los derechos del consumidor, y la creciente tutela a los derechos de la personalidad, confluyeron para generar un fenómeno de crecimiento exponencial de los factores objetivos de atribución, sobre la base del *riesgo creado*, pero apareciendo *otros*, tanto en el ámbito extracontractual como en el contractual (en particular la *seguridad* y la *garantía*). A partir de los años '90, se sancionaron varias leyes especiales y se modificaron algunas normas del Cód. Civil, consagrándose de manera expresa factores objetivos de atribución (defensa del consumidor, ley general del ambiente, espectáculos deportivos, residuos peligrosos, responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos, etc.). En materia obligacional, la aceptación por parte de la doctrina (aunque con objeciones de peso) de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, produjo el mismo fenómeno.

El CCyC constituye un nuevo *hito*, ya que en nuestro derecho positivo se han incorporado innumerables casos de responsabilidad objetiva, como se analizará.

## § 75. El riesgo o vicio, la garantía, y la equidad como factores objetivos de atribución nucleares. La cuestión en la responsabilidad extracontractual y la derivada del incumplimiento obligacional

Los factores objetivos de atribución aparecieron asociados a la idea de *riesgo de las cosas y ciertas actividades*, y al *vicio de las cosas*. En su incesante evolución, la noción de *garantía* perfiló una situación diferente, como así también la de la *equidad* (particularmente en el caso de los daños involuntarios), aunque en no pocas situaciones emparentadas con el riesgo.

En nuestra opinión, son estos tres los factores de atribución objetivos *medulares*, sin perjuicio de la existencia de otros que, en última instancia, terminan por constituir derivaciones específicas de aquéllos.

Debe distinguirse la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en la derivada del incumplimiento obligacional. Si bien desde lo conceptual la cuestión no varía (se trata de la atribución de responsabilidad con prescindencia de toda idea de culpabilidad), existen particularidades en la configuración dentro de cada órbita de responsabilidad, como así también en aspectos *funcionales*. A continuación, los exponemos por separado.

## § 76. Las "eximentes" de los factores objetivos de atribución. Una norma equívoca

En el art. 1722 del CCyC, luego de caracterizarse la esencia de los factores objetivos, se dispone que *"en tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición en contrario"*.

Suele afirmarse mecánicamente que en el factor subjetivo la eximente es la ausencia de culpa, y en el objetivo la prueba de la causa ajena, lo cual no es del todo preciso. En rigor de verdad, *la causa ajena siempre excluye la responsabilidad, pero no por razón de los factores de atribución, sino que impacta y enerva otro de sus presupuestos: la relación de causalidad.* Sea la responsabilidad subjetiva u objetiva, la *ausencia* de causalidad veda la posibilidad de imputar materialmente el suceso al sindicado como agente de la conducta dañosa, y —por ende— al no existir autoría ni imputación, es impredicable postular la presencia de un factor de atribución. Recuérdese que la causalidad es el elemento *previo* a determinar, pues la asignación de un factor

de atribución a la conducta, supone que ésta haya existido y tenga relevancia jurídica causal.

Por otra parte, no debe olvidarse que *la antijuridicidad* tiene también sus propias eximentes (las causas de justificación), razón por la cual, el análisis lógico demanda seguir estos pasos: primero, determinar la existencia de relación causal (cuya *eximente* es la causa ajena, en sus tres manifestaciones: caso fortuito o fuerza mayor, hecho de la víctima, y hecho del tercero por quien no se debe responder); segundo, establecer si esa conducta fue o no *antijurídica* (cuya eximente son las *causas de justificación*, y sin perjuicio de lo cual, existan casos de responsabilidad por actos lícitos); tercero, asignar el factor de atribución correspondiente a la conducta antijurídica (subjetivo u objetivo). Y si la conducta es *lícita*, entendemos nosotros que la responsabilidad que se asigna lo es por razones de *equidad* o *garantía*, y no de riesgo (entendemos que éste siempre supone ilicitud).

En función de lo señalado, cabe preguntarse si los factores *objetivos* de atribución tienen o no *eximentes propias*. La culpa sí la tiene: *la prueba de la diligencia, la "no culpa"*.

La determinación del factor objetivo de atribución se realiza a partir de la prueba de la *situación de hecho* que el ordenamiento califica como tal (por ej., que la *actividad* sea *riesgosa;* que el sujeto haya obrado de manera involuntaria; que la cosa tenga *vicios;* etc.). No es una cuestión de *puro derecho*, sin perjuicio de lo cual en ciertos casos no es necesaria una mayor indagación que la prueba del hecho fundante (por ej., en el CCyC, el caso de los accidentes de tránsito —art. 1769 CCyC—).

Así, y salvo los casos en los que de manera indiscutible se consagra el factor objetivo de atribución, la *eximente* (entendido el término en sentido *muy* amplio) podrá configurarse si se acredita la inexistencia del factor de atribución (por ej., que la actividad *no* era riesgosa, o que la obligación *no* era de resultado, sino de medios); pero, habiendo mediado un acto dañoso, el interesado deberá *además* atenerse a las reglas de la responsabilidad subjetiva, en función de las normas que establecen su configuración, y la de sus propias eximentes. Pocos serán, en los hechos, los casos en que dicha situación se presente, particularmente en el ámbito extracontractual, aunque no así en el obligacional, ya que la determinación de *cuándo* se ha comprometido o no un resultado no es siempre sencilla (v. *Obligaciones* § 199.c).

## B. LOS FACTORES OBJETIVOS EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

### § 77. El riesgo creado

*a) Caracterización*

En el Diccionario de la Lengua, *riesgo* significa *"contingencia o proximidad de un daño"*. Es por demás evidente que *todo* momento anterior a la causación de un perjuicio, cualquiera sea su origen, supone una situación de *riesgo*. Pero en cuanto *factor objetivo de atribución* el concepto mismo de riesgo se afina.

Por empezar, no se trata de una responsabilidad basada exclusivamente en la causalidad fáctica o material, ya que —en tal caso— *todos* los supuestos dañosos, por sí mismos, presuponen un riesgo preexistente. Hay *algo más:* "supone la introducción en la comunidad de alguna situación —uso de las cosas o despliegue de actividades— que *agrava el peligro de dañar*, al potenciar o multiplicar la posibilidad de que resulten perjuicios. Convierte la posibilidad en *seria probabilidad*, que torna anticipadamente previsible la ocurrencia de sucesos lesivos. Por tanto, si se produce un hecho nocivo, es justo que responda quien ha generado ese peligro especialmente intenso. El sujeto que introduce un peligro para otros lo hace a riesgo *propio*. Esa directiva impone una *carga primordial de prevenir daños,* a partir de un contexto donde tiene alguna intervención el elemento de peligro; de no lograrlo, deviene legítimo que quien lo introdujo asuma la consiguiente responsabilidad por daños injustos de terceros" (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Tal conceptuación, debe incluir la de *vicio de las cosas,* ya que las cosas *viciosas* (por defectos de fabricación, diseño, información, etc.) *generan el riesgo calificado* al que acabamos de hacer referencia.

Se trata, en definitiva, de la *introducción en la sociedad de un peligro de daño*, que no ha de ser extremo o extraordinario (serían pocos los casos de responsabilidad por esta causa), pero tampoco ínfimo (abarcaría prácticamente todos los supuestos dañosos), sino con la potencialidad de generar perjuicios que excedan el umbral de tolerancia social a las naturales contingencias derivadas de la vida en comunidad.

Y ello, *con independencia de que quien introduce el riesgo se vea beneficiado, ya que basta sólo con haber generado la situación de*

*riesgo*. En todo caso, si de ello se reporta un beneficio, existirá una *agravación* de la responsabilidad (y no, como se llegó a postular, *sólo* responsabilidad por riesgo si existe un beneficio, y exclusión de ella en los casos restantes, salvo culpa), que se trasuntará en una mayor cadena de legitimados pasivos, eximentes más acotadas, etc. (PIZARRO).

### *b) Evolución de la doctrina*

La concepción actual de la teoría del riesgo, recién expuesta, es fruto de un proceso evolutivo que comenzó con la formulación *amplia*, esto es, la responsabilidad por *riesgo creado*. Ello generó una fuerte puja entre *objetivistas* y *subjetivistas*, discutiéndose el rol de la culpa, el lugar que el riesgo debía ocupar, y postulándose tradicionalmente su excepcionalidad, aunque a medida que avanzó el tiempo fue ganando notable terreno.

Comenzaron así a formularse posturas intermedias, que —como lo resume PIZARRO— derivaron en las diversas vertientes de la doctrina del *"riesgo beneficio"*.

Una primera variante, postula al beneficio como factor que *circunscribe a dicho resultado* la responsabilidad objetiva por riesgo, a fin de contener el avance de la teoría, y sólo aplicándola para los casos en que el generador del riesgo obtenía un beneficio por ello, debiendo responder en contrapartida.

Con posterioridad, se señaló que el *beneficio* debía ser asimilable a la noción de "riesgo de empresa", plasmándose de tal modo una idea perfilada en derredor a la reparación del daño como instrumento de racionalización del sistema económico, ligándoselo a los riesgos que emanan de las actividades y elementos de una empresa, y circunscripta —por ende— al ámbito empresarial.

Es por demás evidente que ambas posturas rescataban a la *culpa* como factor de atribución, limitando al riesgo en tanto factor objetivo.

Finalmente, una posición más moderna y avanzada, postula que *el riesgo de empresa funciona como factor que potencia la creación del riesgo, imponiendo responsabilidades agravadas*, tratándose una *situación calificada de riesgo creado*. En otras palabras, ello importa la consagración del *riesgo creado* como teoría general, pero *agravado en sus efectos* cuando se trata del riesgo de empresa, en razón —precisamente— del *beneficio* que ésta obtiene de su actividad.

### *c) La cuestión en el Cód. Civil y Comercial*

En el art. 1757 del CCyC se dispone: *"Hecho de las cosas y actividades riesgosas. 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. 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".*

Esta norma constituye el "nuevo" art. 1113 del Cód. Civil, en el sentido de que es el *epicentro de la responsabilidad por riesgo*, cuyos alcances se han ampliado notablemente.

*(i) La responsabilidad es objetiva.* La norma así lo señala, y pese a que no cabe dudar de ello, no está de más que se lo indique. Por ello, la locución "daño causado por las cosas" del art. 1758 del CCyC, debe entenderse referida al riesgo o vicio de las cosas. En otras palabras: si una cosa causa un daño, la responsabilidad es *siempre* objetiva, habiendo desaparecido la figura del daño causado "con" las cosas del art. 1113 del Cód. Civil, que era subjetiva.

*(ii) Se trata de una situación que presupone la ilicitud de la conducta. Precisiones.* Es por demás evidente que *por sí misma*, toda actividad o suceso riesgoso *no puede ser calificado como antijurídico, sino todo lo contrario.* Es que, en el caso opuesto, *ninguna* actividad social, comercial o productiva podría ser llevada a cabo lícitamente, lo que constituye un verdadero desaguisado conceptual y jurídico. Lo que en rigor de verdad sucede es que el daño causado *revela* la antijuridicidad de la conducta, al haber generado una situación *concreta* de contingencia o proximidad de un daño, luego concretado (§ 34.f).

Es por ello que *no eximen* de responsabilidad ni las autorizaciones administrativas correspondientes, ni el cumplimiento de las medidas de prevención, sean éstas legales, o impuestas por las circunstancias del caso. Si se causa un daño (es, en definitiva, lo que aquí interesa), el factor de atribución *se habrá configurado*, en tanto y en cuanto al generador del riesgo le sea asignada la causalidad material en el suceso.

*(iii) Riesgo o vicio de las cosas.* Se mantiene, en este punto, la doctrina sentada a la luz del art. 1113 del Cód. Civil. Las cosas son riesgosas cuando, sin ser defectuosas, generan la posibilidad de causar un daño (por ej., una instalación eléctrica correctamente efectuada); en tanto que son *viciosas*, cuando tienen defectos de fabricación, montaje, diseño o información. En ambos casos, existe *riesgo*, y la responsabilidad surge en tanto y en cuanto la cosa haya tenido una intervención *causalmente activa* en la producción del daño, escapando de tal manera al control del guardián (PIZARRO).

*(iv) Las actividades riesgosas.* La responsabilidad por riesgo comprende también a *las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.* La norma recoge la interpretación extensiva que se hizo del at. 1113 del Cód. Civil, alejada de su letra —aunque por vía analógica—, pero de toda razonabilidad y justicia; y cuyo antecedente legislativo era el art. 40 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Se trata de una fórmula general, sin tipificación, y que comprende hechos humanos obrados o no con cosas, en donde la intervención activa del hombre es lo decisivo (a diferencia del caso anterior), y generadoras de un *peligro de daño especial,* por las circunstancias en que se desenvuelve (por ej., el traslado de residuos peligrosos y patógenos). Cuando la ley así la califica, no hay mayores inconvenientes (por ej., los daños causados por actividades nucleares). Cuando no lo hace, el intérprete deberá ser sumamente cuidadoso en su determinación, so riesgo de considerar a *cualquier* actividad que haya causado daño como riesgosa, caso en el cual la *culpa* quedaría relegada sólo para aquellos casos en los que la ley específicamente la consagra como factor de atribución. Como bien se ha dicho, "la actividad riesgosa que prevén los arts. 1757 y 1758 debe ser notablemente peligrosa. O lo que es igual, evidenciar un riesgo grave, importante, relevante, perceptible, circunstancia que debe ser calibrada a la luz de los estándares que rigen la previsibilidad en la causalidad adecuada" (PIZARRO).

## § 78. La garantía

Es también un factor de atribución objetivo, mediante el cual ciertos sujetos quedan comprometidos a indemnizar el daño, con independencia de toda idea de culpabilidad de su parte. No se asegura la indemnidad, sino la indemnización, sin perjuicio de lo cual emergen para el *garante* deberes de conducta tendientes a evitar la causación del daño, pero que no se tienen en cuenta a la hora de indemnizar (ZAVALA DE GONZÁLEZ). En el ámbito extracontractual, tal es el factor de atribución de la responsabilidad por el *hecho ajeno,* y que *siempre* debe reposar en la existencia de responsabilidad del autor material del suceso dañoso. La garantía, en definitiva, se cimenta en una situación dañosa que se considera *riesgosa,* como lo indica la jurista citada, o en una *situación jurídica* del responsable que le impone, porque el ordenamiento así lo dispone, velar por el comportamiento de otro y, en última instancia, responder por lo que este último haya cometido; insistimos, sin que revista relevancia la diligencia empleada en la evitación del daño.

## § 79. La equidad. Su importancia

Impregnada de un profundo contenido axiológico, la *equidad* en cuanto factor de atribución objetivo se yergue en aquellas situaciones en las que las *otras* razones relevantes para atribuir responsabilidad resultan insuficientes. Es el caso de la responsabilidad por actos involuntarios (art. 1750 CCyC), en donde la inimputabilidad del agente obstaría, en principio, a asignar cualquier tipo de responsabilidad, constituyendo el supuesto que mejor explica el concepto mismo de responsabilidad objetiva.

Como se analiza más adelante (§ 172), *se ha producido un cambio cualitativo trascendente*, desde que en el régimen anterior, la equidad permitía al juez asignar responsabilidad pero de manera limitada; ahora, en cambio, la responsabilidad por equidad es *plena*, sin perjuicio de que —también por razones de equidad— la indemnización pueda morigerarse (art. 1742 CCyC), lo cual es harina de otro costal.

También el caso de la responsabilidad en caso de daños causados lícitamente, mediando estado de necesidad (art. 1718 inc. c] CCyC), aunque aquí la indemnización se concede "sólo en la medida que el juez lo considere equitativo".

## § 80. La igualdad ante las cargas públicas. Remisión

Es el factor de atribución que fundamenta la responsabilidad del Estado por actos lícitos dañosos, fundada en razones de *justicia distributiva*, y que no es sino una proyección *en concreto* de la *equidad*. El *sacrificio especial* que supone para el particular soportar ciertas actividades que le pueden causar daño, en beneficio de toda la comunidad, torna *equitativo* que deba ser indemnizado. En la ley de Responsabilidad Estatal 26.944, se consagra —aunque muy limitadamente— la responsabilidad del estado por su actividad legítima (arts. 4° y 5°), que analizamos más adelante (§ 246).

## § 81. *Quid* del abuso del derecho

Autorizada doctrina entiende que el abuso del derecho constituye un factor objetivo de atribución, además de causal de *ilicitud* del acto. Se señala que quien obra abusivamente debe ser evaluado no en orden a su intención en el obrar, sino con una perspectiva *finalista*, con prescindencia de algún reproche en su conducta, y que es posible

(y muy común) que se causen daños abusivamente sin dolo ni culpa, bastando el desborde objetivo de los límites a la razonabilidad del actuar (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

En nuestra opinión, el abuso del derecho y todas sus manifestaciones (entre ellas, el exceso en la normal tolerancia entre vecinos —art. 1973 CCyC—), transitan por los carriles de la *antijuridicidad* (§ 34.j), y no constituyen un factor objetivo de atribución *autónomo*. Por ello, habrá que determinar, existiendo el abuso, si ello se ha debido a una actividad riesgosa, o si el factor de atribución es subjetivo (PIZARRO/VALLESPINOS). Sin embargo, entendemos que la *conducta abusiva* generalmente constituirá una *actividad riesgosa*, ya que lleva ínsita la generación de un peligro de daño que excede la normalidad. Ésta es, en nuestra opinión, la razón por la cual por lo general las conductas abusivas generan responsabilidad objetiva.

## C. LOS FACTORES OBJETIVOS EN LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL

### § 82. El paso previo necesario: determinar si la obligación es de medios o de resultado. Remisión

Como ya se ha expuesto, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional la *naturaleza* del factor de atribución depende de si la obligación es de medios o de resultado, cuestión que hemos analizado en *Obligaciones* capítulo 15, a donde remitimos (v. *Obligaciones* § 194 y ss.).

### § 83. Riesgo y garantía como factores de atribución de la responsabilidad

En el art. 1723 del CCyC se dispone: *"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, su responsabilidad es objetiva"*.

Como se ha indicado en al analizar el *interés del acreedor como elemento constitutivo del objeto de la obligación* (v. *Obligaciones* § 48), y al estudiar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, cuando se está en presencia de estas últimas (recuérdese que su determinación es lo que demanda, en ciertos casos, los mayores esfuerzos), el *deudor* se eleva en *garante* (en un sentido amplio del

término) de la consecución del interés del acreedor, a punto tal que su diligencia no es computable para determinar si existió o no cumplimiento: éste sólo acontece si el interés es satisfecho (v. *Obligaciones* § 282).

Tal situación, lo coloca en una delicada situación jurídica: porque la ley lo dispone (al imponerle *asegurar* la obtención de un resultado), si el incumplimiento le es atribuible materialmente y es antijurídico, deberá indefectiblemente indemnizar al acreedor los daños que este último haya padecido, siempre dentro del espectro de las consecuencias resarcibles.

Puede verse, entonces, que la *garantía* juega aquí un rol fundamental como factor de atribución *objetivo*, en algunos casos de manera autónoma (por el emplazamiento del deudor en su calidad de tal, *gravado* con todos los deberes jurídicos que su situación jurídica le impone); sin perjuicio de lo cual *el riesgo* también convive, y en la gran mayoría de los casos apuntala axiológicamente la razón fundante de la atribución de responsabilidad, como sucede en la denominada *obligación de seguridad.*

## § 84. La obligación de seguridad

### *a) Caracterización*

Originada en el ámbito de las relaciones laborales, pero luego extendiéndose a todas las relaciones jurídicas, se trata del deber jurídico a cargo de las partes de dicha relación consistente en mantener incólumes todos los bienes jurídicos involucrados en el proceso de formación y ejecución de aquélla.

Cuando dos o más personas se vinculan, además de los bienes e intereses jurídicos que conforman el objeto de la relación jurídica, *necesariamente* están presente *otros* bienes e intereses jurídicos, que integran el escenario en que se desenvuelve la relación: al menos la *persona misma* de los involucrados, y eventualmente otros bienes que integran la esfera de sus propios derechos.

Así, por ej., en una relación de trabajo, el trabajador compromete su fuerza laborativa, y el empleador debe pagarle una remuneración. Pero además de este *contenido nuclear* de la relación jurídica, el trabajador no debe sufrir daños en su persona, en su integridad psicofísica (en el caso, por ej., manipulando maquinarias). Lo propio sucede en las relaciones de consumo en general, particularmente cuando se

trata de cosas y servicios riesgosos, y en *todas* las relaciones jurídicas que exponen a las personas o a sus bienes.

Se trata de una *obligación de hacer* específica (v. *Obligaciones* § 164 y ss.), en donde el *deber de prevención del daño* (art. 1710 del CCyC) se potencia notablemente; y de carácter *accesorio*, en el sentido en que actualmente se concibe la accesoriedad en el CCyC (v. *Obligaciones* § 57 y ss.); pero de una *entidad cualitativa superior a otros deberes accesorios de conducta: como ya lo hemos señalado, informar y brindar seguridad constituyen dos importantes cimientos sobre los que se asientan las relaciones jurídicas, cuya realización y consecución son impensables sin el cumplimiento de dichos deberes jurídicos, en razón del fenómeno de "expansión prestacional" al que hemos hecho referencia* (v. *Obligaciones* § 20.b).

No dudamos en postular que se trata de una *obligación de resultado*. Es que es por demás evidente que *el riesgo* (en las condiciones en que se constituye en factor de atribución) aquí se hace patente, y la *garantía* que brinda el deudor radica, precisamente, en brindar dicha seguridad y, en su caso, indemnizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento por causas imputables.

### *b) Las obligaciones de seguridad de fuente legal*

Son varios los supuestos en los que el ordenamiento, de manera explícita, consagra la existencia de esta obligación, con diversos alcances en algunos supuestos:

*(i) Ley de Contrato de Trabajo*. En su art. 75 se dispone: *"Deber de seguridad. 1. El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. 2. Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabado y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas.*

*(ii) Relaciones de consumo*. Además del art. 42 de la Const. Nac., están en los arts. 5° y 6° de la ley 24.240. El primero reza: *"Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios"*; en tanto que en el segundo se dispone: "*Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o*

*usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el art. 4° responsables del contenido de la traducción".*

*(iii) Contrato de transporte.* En el art. 1289 inc. c) del CCyC se dispone que es obligación del transportista *"garantizar su seguridad".*

*(iv) Contratos con actividades peligrosas.* En el art. 55 del CCyC se dispone: *"Actos peligrosos. No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias".*

*(v) Investigaciones en seres humanos.* En el art. 58 del CCyC se establece toda una serie de recaudos que deben ser adoptados, en el caso de intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, "cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente".

*(vi) Responsabilidad obligacional por el hecho de auxiliares o dependientes.* Se ha incorporado esta norma en el art. 732 del CCyC, que importa también un deber de garantía o seguridad.

*(vii) Espectáculos deportivos.* La ley 23.184 (t.o. ley 24.192), consagra la responsabilidad objetiva por los daños que se generen en los estados (art. 51).

*(viii) Las normas sobre responsabilidad por actividades riesgosas.* En función de los arts. 1757 y 1758 del CCyC, en tanto y en cuanto la actividad desarrollada con motivo o en ocasión del contrato califique como *riesgosa*, será aplicable tal solución.

*(ix) Las responsabilidades profesionales.* Si bien ella es subjetiva (salvo que se haya comprometido un resultado), y no se la considera *actividad riesgosa,* los daños causados por las *cosas* empleadas en las tareas se rigen por las normas de la responsabilidad por vicio de las cosas, en tanto se presente esta circunstancia (art. 1768 CCyC).

### *c) ¿Se mantiene la "obligación tácita" de seguridad?*

En razón de que no se la ha consagrado expresamente, se discute hoy si existe o no una obligación *tácita* de seguridad, *aneja* a todas las relaciones de obligación. En el Cód. Civil no se encontraba regulada, y fue inferida a partir del principio de buena fe (art. 1198) y la regla *alterum non laedere.* Su desarrollo fue inusitado.

PICASSO sostiene que deliberadamente se omitió considerarla (debe advertirse que integró la subcomisión que proyectó las normas de la responsabilidad civil), y que ante la amplitud de la protección en el ámbito de las relaciones de consumo, y la expresa incorporación de la responsabilidad por actividades riesgosas, ha perdido su calidad de obligación autónoma.

Concluye que "el nuevo código ha optado por suprimir lisa y llanamente del derecho común la obligación de seguridad, y ha preferido, en cambio, someter la reparación de los daños a la persona del acreedor contractual (causados al margen del incumplimiento de la o las obligaciones principales) a las normas atinentes a la responsabilidad extracontractual. Por consiguiente, habrá responsabilidad objetiva si el daño proviene del riesgo o vicio de una cosa o de una actividad —o si se trata de daños causados por dependientes, o por actos involuntarios—, y subjetiva en caso contrario. Este método aporta una indudable claridad en la materia, pues la solución que se adopte no dependerá, en esos supuestos, de la determinación de la existencia de una inasible obligación "tácita" de seguridad —de contornos imprecisos—, sino de criterios uniformes y objetivos, previstos expresamente por la ley y válidos para todos los casos por igual".

Por su parte, PIZARRO sostiene que: "1) La obligación tácita de seguridad mantiene vigencia en el Código Civil y Comercial. 2) Sólo rige en aquellos contratos que por su carácter riesgoso imponen al deudor la obligación de velar por la persona y bienes del acreedor. 3) La aplicación práctica de la figura se ha visto menguada en aspectos relevantes, luego de la sanción del nuevo código. No es necesario acudir a ella para fundar la responsabilidad del deudor por el hecho de las personas que introduce para la ejecución prestacional, ni por el hecho de las cosas que utiliza en el cumplimiento, ni por actividades riesgosas. En todos estos supuestos se aplica la normativa específica: arts.732, 1753,1757, 1758 y concs. CCyC. 4) Sin embargo, conserva utilidad en otros aspectos relevantes, que no han sido modificados por el nuevo código, tales como acción de cumplimiento, resolución y suspensión por incumplimiento, estándar de previsibilidad agravada en caso de incumplimiento doloso y responsable".

### *d) Nuestra opinión. La "obligación expresa de seguridad"*

Entendemos que la obligación *tácita* de seguridad ha dejado de ser implícita, y que ahora se encuentra *expresamente* receptada con carácter *general* para *todas* las relaciones jurídicas, en razón de lo dispuesto en el art. 1710 del CCyC, que impone la adopción de todas las medidas razonables para evitar la producción de un daño, o disminuir su magnitud; lo que debe complementarse con lo establecido en el art. 55 del CCyC, antes transcripto.

Es por demás evidente que estas normas, cuando se está en el marco de una relación de obligación (especialmente en las de fuente

contractual), consagran una *obligación expresa de seguridad*, y que es de *resultado*, pues sin lugar a dudas se funda en el *riesgo*.

Ello, claro está, sin perjuicio de las *disposiciones especiales*, en las que, con alcances particulares en función de la situación jurídica que se regula, se dispone sobre sus condiciones, efectos y alcances.

Insistimos en que el fenómeno de *expansión prestacional* (v. *Obligaciones* § 20.b) impide considerar el desarrollo y acabado cumplimiento de una relación de obligación sin la existencia de deberes tan esenciales e indispensables, como lo son la seguridad y la información. En los tiempos actuales, han pasado a formar parte de su esencia constitutiva.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

BARACAT, Edgar J., "La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo Código", RCCyC del 16/12/2015, p. 141.

BAROCELLI, Sergio S., "El deber de seguridad en las relaciones de consumo", LL del 12/2/2016, p. 6; LL 2016-A-321.

BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge A., "La obligación de seguridad. Su vigencia y trascendencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2016-III-5.

BUERES, Alberto J., "La asimilación de la culpa grave al dolo. Criterio de aplicación", RCyS 2015-VI, tapa.

CALDERÓN, Maximiliano, "Factores de atribución de la responsabilidad civil", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*.

CERUTTI, María del Carmen, "La obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-129.

GALDÓS, Jorge M., "Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código", LL del 23/3/2016, p. 1.

GALDÓS, Jorge M., "El art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil)", RCyS 2015-IV-176.

GESUALDI, Dora M., "Responsabilidad subjetiva y objetiva en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-76.

PICASSO, Sebastián, "El fin de la obligación de seguridad en el derecho común", LL del 3/9/2015, p. 1; LL 2015-E-1220.

PICASSO, Sebastián, "*Requiem* para la obligación de seguridad en el derecho común", RCCyC del 1/7/2015, p. 146.

PIZARRO, Ramón D., "¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?", LL del 21/9/2015, p. 1; LL 2015-E-840.

PREVOT, Juan Manuel - CHAIA, Rubén A., *La obligación de seguridad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

QUADRI, Gabriel H., "Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial: primeras reacciones jurisprudenciales", LLBA 2015 (diciembre), p. 1177; RCyS 2016-III-155.

RINESSI, Antonio J., "La falta de regulación del deber de seguridad en el Código Civil y Comercial", LL del 10/12/2014, p. 1; LL 2014-F-1249.

STIGLITZ, Rubén S., "Distinción entre culpa grave y dolo en el Código Civil y Comercial. Aplicación al contrato de seguro", LL del 4/8/2015, p. 1; LL 2015-D-850.

TRIGO REPRESAS, Félix A., "Factores de atribución. El rol otorgado a la culpa", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 17 y ss.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil", *Semanario Jurídico*, 2015, n. 1995, ps. 341-348.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 6/3/2007, "Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires y otros", LL 2007-B-261.

CAPÍTULO VI

# PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONT.). EL DAÑO Y EL DAÑO RESARCIBLE

## I. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

### § 85. Introducción

Tradicionalmente la responsabilidad civil se circunscribió a la función de *reparación* de los daños sufridos por la víctima. Sin embargo, como ya se dijera, éstas se han ampliado, comprendiendo también la *preventiva* y la *punitiva* (aunque ésta sólo acotada a las relaciones de consumo).

El daño y el peligro de daño constituyen, pues, presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil. "No hay responsabilidad sin daño" era el principio emergente del art. 1067 del Cód. Civil, el que ahora debe ampliarse comprendiendo también al peligro de daño, que genera responsabilidad civil, pero con otro cariz.

El concepto mismo de *daño* ha sido objeto de una profunda polémica en nuestra materia. La distinción entre *daño* —concepto amplio— y *daño resarcible* —concepto estricto— ha generado enormes contrapuntos en la doctrina y la jurisprudencia, y con una importantísima repercusión práctica: no son pocos quienes postulan que además del daño patrimonial y del daño moral (o extrapatrimonial, como ahora se lo llama en el CCyC), existen *otros* daños que deben también ser resarcidos, como el daño "biológico", el "estético", el "psicológico", el "daño al proyecto de vida", etc., y su consecuente *resarcibilidad*.

Dejamos, de entrada, expuesta nuestra postura: entendemos que en el CCyC se *distingue* entre *"daño"* en sentido amplio (como *le-*

*sión* a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento —art. 1737 CCyC—), del *"daño resarcible"*, que está constituido por las *consecuencias* de la lesión (arg. arts. 1738, 1741 y 1726 CCyC).

Sin embargo, cabe advertir que la letra de la ley no es diáfana al respecto, y que permitiría también una interpretación acorde a la postura que sostiene la existencia de estos terceros géneros, que nosotros rechazamos.

## § 86. Las tres doctrinas

### *a) El daño como lesión a un derecho*

Como lo señala DE CUPIS, desde una muy amplia perspectiva, "daño" es "nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable". Se trata de una *cuestión fenomenológica*, que en el Diccionario de la Lengua está definido como el efecto de "dañar", o sea "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia" (acepción 1°) y "maltratar o echar a perder una cosa" (acepción 2°).

En el Análisis Económico del Derecho, los daños representan desventajas sociales y pérdidas de utilidad por el solo hecho de ocurrir, y con independencia de su resarcimiento: la pérdida ya se produjo para la sociedad y, desde esta perspectiva, es irreparable. El objetivo esencial del análisis económico del derecho, es evitar o aminorar en lo posible la producción de daños, que no sólo comprende el menoscabo directo del bien perdido, sino las consecuencias (costos) que se derivan de aquél detrimento (gastos, honorarios, etc.).

Pero además de ser un fenómeno físico, este "daño" puede integrar un fenómeno jurídico, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado. Allí, el efecto jurídico del daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño.

La doctrina tradicional entiende que el daño se configura con la *lesión* a un derecho subjetivo patrimonial (generando daño patrimonial) o extrapatrimonial (generando daño moral) (BREBBIA, ACUÑA ANZORENA, JOSSERAND); e, incluso, en sentido más amplio aún, con la violación misma del ordenamiento.

Así, atravesar un semáforo es "daño" en sentido amplio, pues se vulnera un interés jurídicamente protegido. Como dice ORGAZ todo acto ilícito, por definición, produce "daño" en este sentido "amplio". ZAVALA DE GONZÁLEZ, en esta línea, lo califica como "daño público".

En relación a la responsabilidad civil, la crítica esencial radica en que de la lesión a un *bien* de naturaleza patrimonial puede surgir daño moral (por ej., la lesión a los derechos económicos del consumidor); y a la inversa, de la lesión a un bien extrapatrimonial puede producirse daño patrimonial (por ej., la lesión a la integridad psicofísica de una persona, que le genera incapacidad laborativa).

### *b) El daño como lesión a un interés legítimo*

Para otra corriente, el daño consiste en la lesión a un *interés jurídicamente tutelable,* reconocido o no de manera explícita por el derecho, pero no reprobado (intereses jurídicos e intereses *de hecho* (BUERES, ZANNONI, BUSTAMANTE ALSINA). Esto es, ya no se identifica con la lesión al bien, sino con la lesión al interés que se tutela respecto de ese bien. Así, en el caso de la lesión al honor (bien de naturaleza jurídica extrapatrimonial), el daño es la lesión de los distintos intereses jurídicos que reposan sobre ese bien: los patrimoniales y los extrapatrimoniales.

### *c) Doctrina que distingue entre el "daño" en sentido amplio y el "daño resarcible"*

Para una tercera posición el daño no se identifica con la lesión al interés; sino que, partiendo necesariamente de dicha lesión, *el "daño resarcible" está constituido por la totalidad de las consecuencias o repercusiones perjudiciales o disvaliosas de la lesión* (ORGAZ, ZAVALA DE GONZÁLEZ, PIZARRO/VALLESPINOS).

Por ello, es conveniente distinguir entre daño *en sentido amplio* y daño *resarcible* (que es el que hay que indemnizar): si se identificara el daño sólo con la lesión a un interés, la indemnización debería ser igual en todos los casos: así, por ejemplo, una vida vale lo mismo que otra: no hay vidas más "valiosas" (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Sólo apreciando las repercusiones en cada caso, conforme a las circunstancias de hecho y de la víctima, es factible dar una reparación apropiada e individualizada. *De allí la trascendencia de señalar que el daño resarcible es el efecto (consecuencia) de la lesión al interés.*

Se trata de una cuestión *netamente causal:* media entre la "lesión al interés" y el "daño resarcible" una relación de "causa-efecto". La naturaleza patrimonial de un daño, no depende de la naturaleza del

bien o interés lesionado, sino de la naturaleza de las consecuencias de la lesión.

Es claro entonces que la lesión al interés es un elemento *necesario,* pero no se identifica con el "daño resarcible", que comprende *la incidencia concreta del menoscabo —económico o espiritual— en la existencia de la víctima.*

## § 87. La cuestión en el Cód. Civil y Comercial

Entendemos que en el CCyC se ha plasmado un concepto *doble* de daño: el "daño" en sentido general; y el "daño resarcible" como *consecuencia* de la lesión. Esto no es contradictorio, ni existe superposición alguna, sino *todo lo contrario:* en cada caso, tienen un rol específico.

La Comisión que elaboró el Anteproyecto, señaló —luego de pasar revista a la discusión sobre el tópico— que se "*distingue entre daño e indemnización* sobre la base de los siguientes criterios: el daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés es individual recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el Título Preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva. Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño-lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad *es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos,* siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, *la indemnización es una consecuencia de la lesión*".

### *a) El "daño" en sentido amplio ("daño-lesión")*

En el art. 1737 del CCyC, primero en la Sección 4° ("Daño resarcible") se dispone: "*Concepto de daño. 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*". Como puede observarse, se conceptúa al *daño,* y no al *daño resarcible.*

Se adopta el concepto amplio de "daño-lesión" (como explícitamente lo señala la Comisión) que, en rigor de verdad, podría haberse limitado a la lesión al *interés jurídico* que reposa sobre los bienes individuales o colectivos, pero que, de todas maneras, resulta gráfico al

hacer referencia a los "derechos". No se trata, pues, de la lesión a un "derecho subjetivo" exclusivamente, sino del menoscabo de cualquier interés jurídico, en tanto y en cuanto no se encuentre expresamente reprobado por el ordenamiento; lo que cierra el debate respecto a la tutela de los *intereses de hecho;* esto es, aquellos no reconocidos, pero tampoco repudiados, que aquí quedan *equiparados*, a los efectos del *daño jurídico*, sin perjuicio de sus diferencias sustanciales.

### *b) El "daño resarcible" ("daño-consecuencia")*

No se lo ha definido expresamente (lo que seguramente generará muchos contrapuntos). Pero entendemos que, pese a ello, la concepción originariamente postulada por ORGAZ ha quedado plasmada en el CCyC: el *daño resarcible* (esto es, lo que *se indemniza*) *no es la lesión, sino las concretas consecuencias perjudiciales de dicha lesión.* La propia Comisión señala la distinción entre el "daño-lesión" y la "indemnización", pero de muchas normas surge dicha concepción.

En el art. 1726 del CCyC se dispone: *"Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles".* En el art. 1738 se establece: *"Indemnización. La indemnización comprende 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. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".* En el art. 1740 del CCyC se hace referencia a los daños *derivados* de la lesión a los derechos personalísimos. El art. 1741 —referido al daño moral— se titula *"indemnización de las consecuencias no patrimoniales".*

De la conjunción de todas estas normas, no puede sino concluirse que el *daño resarcible está constituido por las consecuencias de la lesión, sean patrimoniales o espirituales.*

### *c) Importancia de la distinción*

*(i) La distinción responde a la naturaleza de las cosas.* En efecto, lo que *se indemniza* no es la lesión al derecho o al interés, sino las *re-*

*percusiones* de dicha lesión. Aquí, se trata de un concepto específico, y circunscripto a la *función resarcitoria* de la responsabilidad civil. Como lo señala ZAVALA DE GONZÁLEZ, "el *daño-resarcible* no puede ser separado de su indemnización. La indemnización requiere un resultado como objeto resarcitorio... la noción genérica sobre lesión a un interés es cimiento de esa daño *reparable*, pero debe complementarse con una visión *funcional*. La indemnización es *consecuencia jurídica* —efecto de derecho— de una *realidad fáctica*, equivalente a un menoscabo causado".

*(ii) Impone descartar la existencia de "terceros géneros" al lado del daño resarcible patrimonial y extrapatrimonial (o moral).* En efecto, no es adecuado postular, a la luz de las normas del CCyC, una "instrumentación paralela de *daños-lesiones* y *daños consecuencias*", pues ello "genera serios peligros de duplicaciones indemnizatorias, con reiteración indefinida de rubros por la misma situación nociva" (ZAVALA DE GONZÁLEZ). En nuestro ordenamiento existen sólo *dos categorías* de "daño resarcible": el patrimonial y el extrapatrimonial (o moral). Y su *contenido* es de una amplitud tal, que *abarca todas y cada una de las consecuencias en concreto de la lesión al derecho o al interés, sin dejar fuera del derecho indemnizatorio a ninguna de las que efectivamente acontezcan, en tanto estén comprendidas en el abanico de las consecuencias indemnizables.* Ello, incluso, se encuentra claramente plasmado en el art. 1738 del CCyC, en tanto se indica que la indemnización incluye las *consecuencias* de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, los que enumera.

La cuestión tuvo su origen en Italia y, en cierta medida, se ha trasladado a nuestro país. En concreto, debido a las muchas cortapisas que existen legislativamente para la reparación del daño moral. El art. 2059 del Cód. Civil italiano reza textualmente: "el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados de la ley". Ello llevaba a la consecuencia de que casi exclusivamente se pueda resarcir solamente al daño moral originado en un delito criminal, con lo cual quedaban fuera del resarcimiento todas las otras situaciones, generándose una gran injusticia. Por otra parte, en Italia se tiende a identificar al daño moral con el dolor, por lo cual quedan fuera de consideración muchísimas hipótesis. Para mitigar estos efectos, a partir de la década del '70 la Corte italiana comenzó a admitir, al lado de las tradicionales y limitativas categorías del daño patrimonial y moral, otras categorías "autónomas" de daño englobadas bajo la del denominado "daño biológico". Todo ello, sin declarar la inconstitucionalidad del citado art. 2059. Así comenzó a admitirse la resarcibilidad de esta nueva categoría de daños, y se les dio una conformación jurídica autónoma, independiente de los "tradicionales" daño patrimonial y daño moral.

Sin embargo la jurisprudencia italiana ha sido errante, a veces contradictoria y en oportunidades confusa, contribuyendo a crear un sistema que, además de oscuro, puede dar lugar a situaciones de tremenda injusticia para el deudor de la obligación resarcitoria.

El riesgo más evidente es el del *enriquecimiento sin causa de la víctima,* que en los hechos recibiría una doble indemnización por lo mismo. Y, reiteramos, la *enorme amplitud del contenido del daño-consecuencia, lleva a que, bien enfocada la cuestión, nada de lo resarcible quede sin reparar.*

Así, por ej., no es correcto indemnizar el "daño psíquico" (lesión a la integridad psíquica), si, a la vez, se indemnizan las minoraciones productivas derivadas de dicha lesión, los gastos de la terapia necesaria para mitigarlo, y los padecimientos espirituales de la víctima. En tal caso, es evidente que se *vacía de contenido* a la lesión, en cuanto "rubro indemnizable", y se le asigna un "valor" que no sólo la ley no lo dispone, sino que además queda librado al discrecionalidad del juzgador, en situación rayana con la arbitrariedad. Como advierte ZAVALA DE GONZÁLEZ, "emplazar un daño psíquico, estético, u otro biológico como resarcibles con abstracción de puntualizadas secuelas vitales, conduce a *automatizar las indemnizaciones,* que se fijarían sin más según una gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente cómo incide en la situación concreta de la víctima". Repárese, por otra parte, que en el art. 1738 del CCyC, luego de indicarse las tres especies de daño *patrimonial,* se establece que la indemnización incluye *especialmente "las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".* No se las considera, pues, como algo *distinto,* sino como una lesión que, si genera consecuencias, *deben también* ser resarcidas.

El camino adecuado es, pues, *determinar en primer término las lesiones efectivas que el hecho dañoso produjo en la víctima; y, en un segundo momento, establecer las concretas repercusiones de dichas lesiones en la persona o el patrimonio del damnificado.*

*(iii) Deslinda adecuadamente el fundamento de la función resarcitoria y de la función preventiva.* En efecto, *lo que se paga* (valga la expresión) es el *daño resarcible,* lo que es de la esencia de la función resarcitoria. Pero el *peligro de daño-lesión* constituye el fundamento de la *función preventiva,* y de los derechos que se generan para evitar su causación (arts. 1710 y ss. CCyC). Es que el daño resarcible presupone la existencia *previa* de la lesión; y la tutela frente al *peligro de daño* busca evitar la consumación de dicha lesión.

## § 88. Las dos categorías de daño resarcible

De lo expuesto, y siguiendo a ORGAZ, ZAVALA DE GONZÁLEZ y PIZARRO/VALLESPINOS, el daño resarcible admite dos especies:

### *a) El daño patrimonial*

Es una modificación disvaliosa del patrimonio de una persona, producto ("consecuencia") de la lesión a un interés patrimonial que reposa sobre un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial; y que se traduce en un modo de estar distinto del patrimonio producto de ese hecho lesivo, y económicamente perjudicial.

### *b) El daño extrapatrimonial (o moral)*

Es modificación disvaliosa del espíritu de una persona, también producto ("consecuencia") de la lesión a un interés extrapatrimonial, que reposa sobre un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial; y que se traduce en un modo de estar de la persona distinto producto de ese hecho lesivo, y anímicamente perjudicial.

## § 89. Requisitos del daño resarcible

No toda consecuencia *material* o *fenomenológica* es resarcible. Desde la óptica causal, la cadena podría ser infinita, y allí es donde el ordenamiento interviene, para resolver el conflicto de intereses *jurídicos* que se presenta, a fin de determinar qué es lo que debe indemnizarse y qué no.

Es ésta una cuestión en constante movimiento, derivada de la creciente causación de daños, y que ha ido expandiendo las fronteras de lo resarcible. El *"principio de reparación plena"*, ahora plasmado en el art. 1740 del CCyC, debe ser entendido en un doble sentido: por una parte, la reparación es *plena* si se resarcen todas las consecuencias que el ordenamiento prevé. Pero, a la vez, es el que ha permitido la *ampliación* de las indemnizaciones, pues reposa indudablemente sobre la base fenomenológica-causal.

En el art. 1739 del CCyC se dispone: *"Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador"*.

### *a) Certeza del daño*

*La hipótesis de daño no es resarcible,* ya que el daño debe ser cierto, y no meramente conjetural o hipotético. La existencia del daño debe resultar cualitativamente constatable y, en ese caso, es resarcible, pese a que incluso no pueda determinarse su quántum con exacta precisión (PIZARRO/VALLESPINOS). En otras palabras, debe demostrarse *la real existencia de un perjuicio.*

¿Cuál sería el "daño resarcible" derivado de la muerte de una persona sin ningún pariente (sola en el mundo), y de quien nadie dependía económicamente? Pues ninguno. Habrá "daño-lesión", e incluso podrá existir una condena penal; pero nunca responsabilidad civil, por la ausencia de "consecuencias" disvaliosas. Es evidente que lo dicho justifica ampliamente la posición que separa la lesión al interés jurídico de la consecuencia de la lesión. Es que a pesar de haber lesión, no hay consecuencia indemnizable.

Lo señalado no obsta, como se verá, a que pueda existir un *daño futuro.* En tal supuesto, jurídicamente se trata de un *daño cierto,* que aún no ha sucedido, pero que razonablemente acontecerá, y es indemnizable. Lo propio sucede con la *pérdida de chance,* que puede ser pasada o futura: en tanto ella sea *razonable,* constituye un *daño cierto.* En ambos casos, el juicio de probabilidad es *objetivo,* de acuerdo a las reglas de la *sana crítica.*

Por otra parte, en el caso de *peligro de daño,* que justifica la *función preventiva,* el *juicio de probabilidad es de diferente tenor,* ya que debe ser más amplio, como se analizará en el capítulo que sigue.

### *b) Subsistencia*

Se trata de un requisito equívoco, pues algunos lo han identificado con la "certeza", lo cual es un error. En concreto, *subsistente* significa que el daño cierto acontecido, aún no haya sido resarcido por quien debió hacerlo: el *responsable.* En todos los casos en que, de alguna manera, se reparen los efectos nocivos sin la intervención del responsable civil, la obligación resarcitoria continuará existiendo.

Así, si la propia víctima pagó el arreglo de su automotor luego de un accidente, hay "daño subsistente"; o si el crédito se cedió a un tercero; o si la aseguradora de la propia víctima la indemnizó. No lo habrá, en cambio, si uno de los coobligados solidarios pagó la indemnización (ya que en tal caso la obligación resarcitoria se habrá extinguido), sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso entre coobligados.

### c) Personalidad del daño

*(i) En los daños individuales.* En la norma se indica que *debe existir un perjuicio directo o indirecto.* Dicha locución debe ser rectamente entendida: no es viable solicitar la indemnización de *daños ajenos*, sino solamente de los *daños propios,* esto es, lo que la persona ha sufrido en *su* patrimonio, o en *su* espíritu. Por ende, el *legitimado* es únicamente el titular del interés afectado, debiendo distinguirse dos situaciones:

*(i.1) Damnificado directo.* Es quien sufre la lesión de un *bien jurídico propio*, y que repercute en un *interés jurídico propio* que causa el daño (consecuencia). Por ej., quien padece una lesión física derivada de un accidente de automotores.

*(i.2) Damnificado indirecto.* Es quien, en razón de la lesión de *un bien jurídico ajeno* sufre la lesión de un *interés jurídico propio* que le causa el daño (consecuencia). Por ej., el daño moral derivado de la muerte de los padres.

*(ii) En los daños a los derechos de incidencia colectiva.* El hecho lesivo puede ocasionar *daño* a derechos individuales homogéneos (con lo cual, en rigor de verdad, se trataría de un daño *individual*, sin perjuicio de la diferente situación jurídica que el supuesto presenta); o también *daño a derechos e intereses de incidencia colectiva.* En este supuesto, cada uno de los *afectados* por la lesión se encuentra legitimado para accionar, no sólo por la prevención, sino también para la reparación de los daños efectivamente padecidos.

### d) Eliminación de la "seriedad del daño" como requisito del daño resarcible. Importancia

En el marco del Cód. Civil, algunos autores señalaban que el daño, para ser resarcible, debía ser "serio", pues no se resarcen los daños mínimos.

Esta postura fue objeto de muchas críticas, en especial por las *nuevas* formas de dañosidad, como el caso de las *inmisiones inmateriales* (art. 2618 Cód. Civil, hoy art. 1973 CCyC), y la consagración de los derechos del consumidor: por lo general, los *daños* que se causan a los consumidores son de baja magnitud, pero el universo de damnificados suele ser enorme, con el consiguiente lucro indebido que se produce, o la afectación *espiritual* de la persona de los consu-

midores (por ej., hacer esperar para ingresar, por largas horas y en condiciones indignas, a los asistentes de un espectáculo).

No existía una norma en el Cód. Civil al respecto, y tampoco se consagra la *seriedad* del daño como requisito, solución que entendemos acertada.

### *e) Relación causal del daño resarcible. Remisión*

En principio, son indemnizables las *consecuencias* inmediatas y mediatas previsibles que guarden *nexo adecuado de causalidad* con el hecho dañoso, salvo previsión legal en contrario (art. 1726 del CCyC), lo que analizamos más adelante (§ 142 y ss.)

## § 90. Relaciones entre "daño" y "antijuridicidad"

Ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados en la responsabilidad civil, pero deben ser deslindados.

El *daño* es una consecuencia de un *hecho humano*. Se trata de una cuestión *causal*, de tipo fenomenológico (e indiscutible), regulada por el derecho.

En este marco, la *ilicitud* no se predica del *daño*, sino de la *conducta del hombre*. Lo que ocurre es que, si la conducta *causa* un daño (sea por la lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento), aquélla es *antijurídica*, salvo que medie una causa de justificación (art. 1717 CCyC). Pero, además, aun cuando se verifique este último supuesto, *existen daños resarcibles habiendo mediado actos lícitos dañosos,* como ya se ha visto (§ 40).

# II. PRINCIPALES CLASIFICACIONES DEL DAÑO RESARCIBLE

## § 91. Introito

Son muchas las clasificaciones que se han postulado respecto del daño en general, y del daño resarcible en particular. A continuación citamos sólo las más relevantes, siguiendo en parte a ZAVALA DE GONZÁLEZ, debido a los efectos que producen.

## § 92. Daño patrimonial y daño extrapatrimonial (o moral). Remisión

Analizamos ambas categorías en este mismo capítulo.

## § 93. Daño directo y daño indirecto

Tales locuciones admiten las siguientes variantes:

### *a) En cuanto a la legitimación. Efectos*

Como se ha analizado, cabe distinguir entre el *damnificado directo* y el *damnificado indirecto* (§ 89.c). La cuestión es trascendente, ya que si el daño para el damnificado directo deriva de un incumplimiento obligacional, respecto al damnificado indirecto la responsabilidad es extracontractual (por ej., los daños sufridos por los padres de una persona que falleció en un accidente en un transporte público de pasajeros).

### *b) En cuanto a la índole del bien o interés lesionado, y el daño resarcible (su consecuencia)*

En el marco del Cód. Civil, se predicaba la existencia de *daño directo* e *indirecto*, en función de lo normado por el art. 1068: es daño patrimonial "directo" el derivado de la lesión a un bien patrimonial; e "indirecto" el daño patrimonial consecuencia de la lesión de un bien extrapatrimonial. En el CCyC ello no se indica.

### *c) En las relaciones de consumo. Remisión*

En el art. 40 bis de la ley 24.240, se hace referencia al "daño directo", que en rigor de verdad es una reducción del concepto general a ciertos rubros del daño resarcible, como se analiza más adelante (§ 199.f)

## § 94. Daño y peligro de daño

Como ya se ha indicado, el daño es un menoscabo *actual*, efectivamente producido. El *peligro de daño* importa una razonable dañosidad *potencial*, que es la que justifica la función preventiva.

## § 95. Daño efectivo y beneficio cesante

Es importante notar que ZAVALA DE GONZÁLEZ señala que el daño efectivo puede ser tanto *patrimonial* como *moral;* y lo propio ocurre tanto con los *beneficios cesantes* (llamado "lucro cesante" cuando es patrimonial) y la *pérdida de chances* (patrimoniales o morales). Esta clasificación está vinculada con el requisito de la *certeza* del daño.

## § 96. Daño instantáneo y continuado

El daño instantáneo es el que se produce en una sola unidad temporal, en un único momento (por ej., las roturas de un automotor que producen daño emergente a su dueño, al tener que repararlo); en tanto que el continuado es el que se prolonga en el tiempo (por ej., verse privado del auto como instrumento de trabajo). La distinción es importante pues es más sencilla la prueba de los daños instantáneos, en particular cuando los continuados se prolongan después de la sentencia. Además, el comienzo del cómputo de la prescripción es distinto: en los continuados, se sostiene que la prescripción se "interrumpe" constantemente mientras el daño sigue aconteciendo, aunque ello no es unánime. El daño instantáneo sólo puede resarcirse, en tanto que el daño continuado puede llegar a ser "detenido" por la autoridad judicial, como en el caso de las inmisiones inmateriales.

## § 97. Daño consolidado y variable

El daño consolidado es el que *cualitativamente* no sufrirá variaciones o modificaciones a través del tiempo (por ej., se determina en juicio una incapacidad permanente del 44% de la T.O). En tanto que el daño variable, es aquel que luego de la sentencia mutará cualitativamente, en más o en menos (por ej., una incapacidad temporaria no permanente).

Las consecuencias prácticas se proyectan hacia su prueba, su determinación por el Juez (más difícil en los casos del daño variable), y su cuantificación (más sencilla en los daños permanentes).

## § 98. Daño juzgado y sobreviniente

El daño juzgado es aquel sobre el que el Juez se ha pronunciado, y sobre el que ya hay *cosa juzgada* sin que pueda ser revisado aun

cuando el mismo varíe con posterioridad (por ej., si la víctima resarcida por el lucro cesante derivado de una incapacidad que se prolongará por cuarenta años, muere en otro accidente cinco años después).

El daño sobreviniente, según ZAVALA DE GONZÁLEZ, es aquel producto de una variación absolutamente imprevisible del daño, sobre lo cual ella entiende que no hay cosa juzgada y que, por lo tanto, es resarcible.

### § 99. Daño presente y futuro. Su importancia. Remisión

Esta clasificación parte de la consideración del elemento *temporal*, y tiene importantísimas proyecciones.

En concreto, somos de la opinión que *el momento* para la determinación de dichas circunstancias es el de la *sentencia judicial*, o el del *acuerdo transaccional* (judicial o extrajudicial), en el cual se establece qué daños que *ya han acontecido* son los que se deben resarcir, y cuáles de *los que van a acontecer* también serán indemnizados.

En lo atinente a los daños *futuros*, existe lo que ZANNONI denomina como una suerte de *función profética* del juez al dictar la sentencia (y también de las partes al acordar), ya que en definitiva, el futuro es siempre incierto y no puede conocerse con exactitud si dichos daños acontecerán verdaderamente o no. Pero, ante la necesidad de resolver el conflicto jurídico generado a partir de la situación dañosa, poniéndole fin, la consideración de los daños futuros es forzosa e ineludible. La clave está en establecer si, *razonablemente*, y bajo los parámetros de la causalidad adecuada, *existe un grado de probabilidad suficiente para indemnizar aquello que habrá de ocurrir, derivado causalmente del hecho dañoso.*

La importancia práctica es enorme, ya que, como se verá, *la indemnización de los daños presentes y futuros se paga de manera diferente;* y por una cuestión natural, la *prueba* de los daños presentes es de más sencilla producción que la de los futuros.

Por otra parte, se agudizan los deberes de las partes en el proceso judicial, ya que al tiempo de la demanda y su contestación, todo lo dañoso que suceda con posterioridad es daño futuro, pero será daño presente el sucedido durante el proceso, al momento de dictarse la sentencia. En consecuencia, constituye una carga procesal muy impor-

tante para las partes el *readecuar* la pretensión resarcitoria si dicho supuesto se presenta, al tiempo de alegar, *modificando en más o en menos la demanda*, pero siempre y cuando ello se funde en los hechos planteados al tiempo de entablarla (art. 331, CPCCN). La cuestión, pues, es sumamente delicada, y demanda los mayores esfuerzos, en orden a *precisar con detalle* el daño y los hechos fundantes, so riesgo de no poder valerse *a posteriori* de este útil instrumento.

## § 100. Daño compensatorio y daño moratorio. Remisión

En el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento obligacional, cabe distinguir entre el daño *compensatorio*, que es aquel que se produce en razón del incumplimiento absoluto (v. *Obligaciones* § 390), y el *daño moratorio*, que es el derivado de la mora del deudor (v. *Obligaciones* § 408.c), y que es *acumulable* al compensatorio, de acuerdo a lo que se dispone en el art. 1747 del CCyC: "*Acumulabilidad del daño moratorio. El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva*". Analizamos la cuestión más adelante (§ 156.e).

## § 101. Daño al interés positivo y al interés negativo. Remisión

Si bien esta distinción es aplicable especialmente al ámbito de la responsabilidad precontractual (§ 22.c), también lo es en los casos de incumplimiento obligacional *ya* celebrado el contrato. El daño al interés positivo, "comprende el daño adicional que se resarce al acreedor cuando se concreta la ejecución forzada directa o indirecta... está representado por aquello que el acreedor habría podido obtener en caso de que el contrato celebrado hubiera sido cumplido conforme a lo pactado por el deudor (interés de cumplimiento). Comprende el daño moratorio y el compensatorio, según los casos"; en tanto que el daño al interés negativo, o de confianza, se compone de todos los daños sufridos por el acreedor por haber confiado en la vigencia de un contrato que luego no se concretó o extinguió, siempre mediando relación causal adecuada, procurándose el resarcimiento del interés de confianza (PIZARRO/VALLESPINOS).

## III. DAÑO PATRIMONIAL

### § 102. Concepto. Remisión

Lo hemos conceptuado en este mismo capítulo (§ 88). El daño patrimonial produce, siempre, un disminución en lo que la persona *tiene* o *debería tener* de no haberse producido el suceso dañoso. De allí que su *reparación* consiste en la *"restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso"* (art. 1740 CCyC), lo que importa *borrar* (jurídicamente) los efectos nocivos del ilícito, *recomponiendo* la merma patrimonial. La indemnización, pues, no genera un lucro para la víctima.

### § 103. Especies

Recogiéndose la unánime opinión de la doctrina y la jurisprudencia, se ha receptado normativamente a la *pérdida de chances* como un daño patrimonial resarcible. Por ende, existen *tres* especies de daño patrimonial: el *daño emergente, el lucro cesante* y la *pérdida de chances,* tal cual se dispone en el art. 1738 del CCyC.

#### *a) Daño emergente*

Es *la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima* (art. 1738 CCyC), en razón el hecho dañoso. Importa un *empobrecimiento económico* por egreso de *valores* (PIZARRO/VALLESPINOS), y que puede ser actual o futuro.

Por ej., los gastos de curación de una lesión causada en un accidente de tránsito que ha tenido que desembolsar la propia víctima; los de reparación de su automotor (los haya pagado o no); la pérdida de valor venal de los bienes que han sufrido detrimentos; los *gastos futuros* que deberán ser satisfechos en razón de la lesión producida (tratamientos médicos y quirúrgicos, tratamientos psicológicos, reparación de determinados bienes, etc.).

#### *b) Lucro cesante*

Se trata de la pérdida del *"beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención"* (art. 1738 CCyC); en otras palabras, las *ganancias frustradas por causa del hecho da-*

*ñoso*. En este caso no se trata de un menoscabo patrimonial a lo ya existente, sino en la frustración de un acrecimiento patrimonial.

Por ej., el taxista que no puede trabajar con su automotor en razón de un accidente de tránsito; el deportista profesional que por una lesión no puede participar de un torneo por el cual le iban a pagar una suma determinada (sea cual sea el resultado de la contienda, como en el caso de un boxeador); la persona que ha celebrado un contrato que se ve imposibilitada de ejecutar, con la consiguiente pérdida económica.

En *todos* estos casos, se trata de una *ganancia cierta, que "objetivamente" habría de producirse, de no haber mediado el hecho dañoso* (ORGAZ), lo que demanda un esfuerzo adicional en comparación al daño emergente: la determinación de la certidumbre de dicha ganancia, objetivamente esperable.

El daño también puede ser *presente* (por ej., todas las ganancias frustradas hasta el momento de la sentencia) y *futuras* (las que razonablemente se privarán luego de la sentencia). La *indemnización*, en ambos casos, es *diferente* (art. 1746 CCyC - § 156.c).

### *c) La prueba de ambos rubros*

Con carácter general, se dispone en el art. 1744 del CCyC que *"el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos"*.

*(i) Carga de la prueba en general.* No rige aquí, pues, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, que deviene aplicable en orden a *otros* presupuestos de la responsabilidad (el factor de atribución y, eventualmente, la relación causal). Es que, en definitiva, es *la propia víctima* quien no sólo tiene la carga, sino que está en mejores condiciones (en rigor de verdad, la única parte que está en condiciones) de acreditar el detrimento personal. Ello no obsta a que la contraria pueda ofrecer y producir prueba en contrario, sea para enervar alguna presunción legal u *hominis*, o para controvertir la existencia de daños no presumidos, que se han invocado (por ej., para determinar la pérdida de valor venal de un bien, donde la prueba idónea es la pericial).

*(ii) Medios de prueba.* Todos los medios de prueba son admisibles, en tanto resulten idóneos para acreditar el rubro en concreto de que se trata.

*(iii) Presunciones legales de daño*. En ciertos casos, es la *propia ley* la que consagra presunciones de daño, las cuales son *iuris tantum* (admiten prueba en contrario), con excepción de situaciones excepcionales en las que son *iure et de iure*, esto es, sin que sea admisible la acreditación de su inexistencia para obstar al resarcimiento, aunque —incluso— se haya probado.

Este último es el caso de los *intereses moratorios* (art. 768 CCyC, v. *Obligaciones* § 151), que constituyen una *indemnización tarifada del perjuicio, irreductible,* sin perjuicio de lo cual entendemos que el acreedor puede reclamar un mayor daño, si lo acredita. También el caso de la cláusula penal, en donde el deudor no se libera de cumplirla aunque acredite que el acreedor no sufrió daño alguno (art. 794 CCyC).

Entre otras presunciones de daño, encontramos los derivados de la muerte, en orden a los *alimentos* de ciertos parientes (art. 1745 inc. b] CCyC), y la pérdida de chances de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos (inc. c]). Es que en caso de ausencia de todo elemento probatorio, de todas maneras existe un *piso* de reparación, que estará dado, en su caso, por lo que surja de computar un ingreso mínimo (por lo general el Salario Mínimo, Vital y Móvil), respecto al cual se deberá determinar prudencialmente, en cada caso, qué porción de éste debería destinarse a dichos rubros resarcitorios.

Lo propio sucede en materia de *incapacidad psicofísica: "Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad"* (art. 1746 CCyC). En el marco del Cód. Civil, se trataba de una *presunción hominis*, que ahora ha sido elevada a presunción *legal.*

En nuestra opinión, en todos los casos excluidos los antes citados, es admisible la prueba en contrario, que deberá ser concluyente (por ej., si se acredita que, previo al hecho dañoso que causa su muerte, el hijo fallecido menor de edad padecía una enfermedad incurable y mortal, la *pérdida de chances de ayuda futura* no se verificaría).

*(iv) Las presunciones* hominis *de daño patrimonial.* Con buen criterio, se dispone en el art. 1744 del CCyC que el daño puede surgir "notorio de los propios hechos", sin que sea necesaria una prueba acabada y concluyente de su existencia. Era, con anterioridad, el caso de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte razonables derivados de lesiones a la integridad psicofísica. De lo que se trata es de la *inferencia razonable* de la *existencia* de un daño, a partir de la acreditación de *ciertos hechos* que no lo prueban de manera directa,

pero que lo tornan indudable, en función de las reglas de la experiencia. Así, por ej., la indisponibilidad de un automotor, conlleva la necesidad de un medio de transporte sustitutivo durante el tiempo en que ella se mantenga; o un corte de energía por varios días, lleva a presumir la pérdida de los alimentos conservados en las heladeras de los hogares.

*(v) El* quantum *de los daños. Remisión.* Una cosa es la *valoración* del daño, esto es, la determinación de su entidad *cualitativa.* Otra diferente, y que presupone la anterior, es su *cuantificación.* La prueba del *valor de los daños*, también pesa sobre la víctima, salvo que existan presunciones legales (por ej., los intereses moratorios), u *hominis* (el caso recién citado de los ingresos mínimos, a falta de todo otro elemento, como parámetro a computar para el resarcimiento de ciertos daños). Analizamos la cuestión al estudiar la función resarcitoria (§ 151 y ss.).

### *d) La pérdida de chances patrimoniales*

En el art. 1738 se dispone que la indemnización la incluye; y en el art. 1739 del CCyC se dispone que *"La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador".*

*(i) Caracterización.* En el Diccionario de la lengua, *chance* significa *"oportunidad o posibilidad de conseguir algo"*, por ej., *"no tiene chance para ese cargo"*. En nuestro ámbito, se trata de la *pérdida de la oportunidad o la posibilidad de conseguir un beneficio patrimonial, que deriva causalmente del hecho dañoso.* Por ej., una persona que estaba a punto de obtener su licencia como piloto de avión, y que en razón de un accidente de tránsito, por la responsabilidad de un tercero, resulta con una incapacidad física (sin importar el porcentaje, en el caso), que le impide lograr aquel objetivo, en razón de las estrictas normas que regulan la actividad aérea que imponen altas exigencias al respecto.

Así, la *chance perdida* aquí está constituida por la pérdida de la posibilidad de ser contratado como piloto comercial, durante el tiempo razonable que podría haber perdurado tal situación, y en función de las *concretas* circunstancias de la víctima del daño (su edad, si tenía o no ofrecimientos aún no concretados, el desempeño

durante su carrera, las condiciones del mercado laboral en la actividad, etc., etc.).

No se trata de la frustración de una *ganancia efectiva*, caso en el cual habría lucro cesante, sino de la *concreta y real frustración de una probabilidad.* Y es esto lo que, jurídicamente, constituye un daño resarcible *cierto* y no meramente hipotético.

La *chance,* pues, no se identifica con el eventual beneficio, porque éste *aún* no se tenía; se estaba en el camino de obtenerlo, en tránsito hacia él. Por ende, lo que corresponde resarcir es la mayor o menor probabilidad que existía, valorada en concreto", concluyendo que "el valor del resarcimiento estará dado por el grado de posibilidad frustrada" (ZANNONI), lo que deberá ser valorado prudencialmente por el juez, en función de los hechos que se hayan acreditado.

En el ejemplo brindado, no será pérdida de chances la circunstancia de que por la lesión la víctima no pueda tocar la guitarra y, con ello, se frustre la "posibilidad" de ser un músico de renombre internacional —con las consiguientes ganancias que ello le reportaría— sólo por el hecho de ser un aficionado a dicho arte, e incluso un buen ejecutor del instrumento.

La *certidumbre,* pues, impacta en la *posibilidad.* Si ella era "razonable" y su frustración guarda una "adecuada relación de causalidad con el hecho generador", se indemniza.

*(ii) Prueba.* Cabe apuntar que en este caso debe existir una mayor flexibilidad probatoria, siendo la prueba presuncional casi la única posible.

Pero ello tiene sus límites, desde que las oportunidades perdidas no pueden consistir en meras aspiraciones subjetivas, sino que debe contarse con alguna plataforma fáctica que denote verosimilitud y trascienda el nivel conjetural (ZAVALA DE GONZÁLEZ). Se trata de *algo más* que una mera posibilidad: ésta ha de ser *concreta*, aun cuando pueda considerarse aleatoria. Toda chance lleva ínsito un grado, mayor o menor, de aleatoriedad *intrínseca.* Esto último será lo que defina, en el caso concreto, una mayor o menor indemnización.

*(iii) Resarcimiento. Remisión.* Analizamos la cuestión más adelante, al tratar la función resarcitoria en sus aspectos relevantes (§ 156.d).

## § 104. La particular situación de la indemnización del "daño" mediando incapacidad

En el art. 1746 del CCyC se dispone, luego de establecerse las reglas de la indemnización de daños derivados de la incapacidad, que *"En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado"*.

### *a) Aclaración necesaria. El interrogante a resolver*

Hemos ya señalado que el daño resarcible es una *consecuencia* de una lesión y que, por ende, la *incapacidad* no es lo resarcible, sino sus repercusiones disvaliosas de tipo espiritual o patrimonial.

Decimos esto pues suele pedirse la indemnización de "la incapacidad" (aunque sea mínima) como si se tratara de un rubro autónomo, sin más, pero al lado de los pedidos de indemnización de daños patrimoniales y morales también derivados de la incapacidad. Ello, como ya lo he señalado, encierra un grave peligro: pagar dos veces lo mismo, con el consiguiente enriquecimiento sin causa que de ello se derivaría.

En este marco, ¿cuál es el daño derivado de la incapacidad contemplado en la norma indicada? ¿Es el daño en sí mismo en cuanto lesión? ¿Constituye éste un *tercer rubro* al lado del daño patrimonial (incluido el lucro cesante) y el daño moral? ¿Debe calcularse sobre los ingresos del peticionante, en base a los mismos parámetros establecidos en dicha norma, pese a que continúe desarrollando tareas remuneradas?

### *b) Nuestra posición*

Entendemos que no se trata aquí del lucro cesante en concreto, sino de las pérdidas económicas que el suceso dañoso produce (mediando causalidad adecuada) diferentes a dicho lucro cesante, y que se traducen en todos los aspectos de la vida de la víctima en donde la repercusión del hecho dañoso tenga incidencia *económica*. Esto es: *no es daño moral, sino daño patrimonial que no es alcanzado, o no comprende el estricto lucro cesante de la víctima.*

Es que más allá de una concreta y "efectiva" merma en las ganancias, la pérdida de fuerza productiva, y de la fuerza física en lo

que hace a las situaciones cotidianas de la vida necesariamente ha de traducirse en un detrimento económico, en algunos casos de dificultosísima determinación, pero que es indudable que existe: necesitar la ayuda de terceras personas (tiene un costo), no poder desarrollar el trabajo actual con las mismas energías que antes, las mayores dificultades que se experimentan, etc., etc.

Así, y desde la óptica apuntada —y en función al criterio al que adherimos en orden a la clasificación binaria del daño (en patrimonial y moral)—, *el rubro en cuestión integra el daño patrimonial*, correspondiendo —en definitiva— a un daño emergente futuro o a una pérdida de chances productivas, o ambos a la vez, en intrincada interacción y que claramente se "independizan" de otros daños emergentes futuros (como podría ser un tratamiento psicológico que hay que abonar), o de pérdidas de chances más concretas (por ej., la segura frustración de la chance de un ascenso laboral, ante la incapacidad física).

*Se trata, en definitiva, de otros daños patrimoniales que, eventualmente, pueden coexistir con los que surgen con mayor nitidez.*

Aquí entra a tallar una característica esencial para el resarcimiento del daño: este debe ser cierto, esto es, no meramente conjetural o hipotético. Y si bien existe una cierta aleatoriedad en su producción, de todas maneras lo no aleatorio puede acreditarse de manera razonable: de la disminución psicofísica, sensatamente, y aplicándose las reglas de la sana crítica, podrá concluirse o no en si existe este rubro que ha sido calificado como "incapacidad vital" (por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el caso "Dutto" que se cita en este capítulo, aunque con algunos alcances sutilmente diferentes); y cuál es su entidad cualitativa, para luego poder traducirla en dinero.

Ésta se compone de una suerte de "daño emergente" y además de "pérdida de chances", causados por dicha incapacidad vital.

En definitiva, este es nuestro pensamiento sobre el rubro, lo que tampoco se choca con lo dispuesto en el art. 1746 del CCyC: el "daño" a resarcir, no es aquí el lucro cesante. Repárese que no se dice en la norma que debe indemnizarse "la incapacidad", sino "el daño", y ello dependerá del caso en concreto, interpretando las cosas con la suficiente apertura y flexibilidad, para poder así arribar a una solución de estricta justicia, que no asigne más a la víctima de lo que se le debe, pero tampoco menos de ello. De eso se trata.

## IV. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL O MORAL

### § 105. Concepto. Remisión

Lo hemos conceptuado en este mismo capítulo (§ 88).

### § 106. Caracterización. La valoración del daño moral

#### *a) Evolución*

La indemnización del daño moral fue siempre mirada con reticencia por los ordenamientos jurídicos, por varias razones, pero —especialmente— por cuestiones de tipo ideológico. El *sufrimiento* (así se lo concebía originariamente), era mirado como una contingencia de la vida, a la que había que resignarse. La dificultad de su prueba también constituía un obstáculo, considerado a veces como *insuperable*. La circunstancia de poner "un precio al dolor" era tenida como moralmente reprochable. La evolución de los tiempos cambió las cosas. Si bien en un primer momento, en nuestro Cód. Civil, el *agravio moral* sólo era resarcible si mediaba un delito del derecho criminal (art. 1078, en su texto originario), la reforma de la ley 17.711 amplió sus confines, concediendo la reparación plena del *agravio moral* en la responsabilidad extracontractual (y ampliando la cadena de legitimados activos, aunque de manera limitada, sólo en caso de muerte del damnificado directo); en tanto que en materia de responsabilidad contractual se dispuso que el juez "podrá" condenar al responsable a la reparación del agravio moral, de acuerdo a la índole del hecho generador y las circunstancias del caso.

La norma significó un importante avance, pero —de todas maneras— las tensiones afloraron entre quienes postulaban una interpretación amplia, y los partidarios de la interpretación restringida. Incluso, en materia contractual, durante un tiempo prevaleció la postura de quienes consideraban "excepcional" la reparación del daño moral, indicándose —sin fundamento jurídico, en nuestra opinión— que el vocablo "podrá" le concedía al juez una suerte de "facultad", librada a su propio arbitrio. Pese a que luego esto fue desechado, con el paso del tiempo, aún hoy subyace en algunos una suerte de *criterio restrictivo* en materia contractual, que es inaceptable.

Asimismo, la consagración de los derechos humanos con rango constitucional, reconocidos en los tratados internacionales (art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.), llevó a calificada doctrina a postular la *inconstitucionalidad* de las limitaciones del art. 1078 del Cód. Civil, en relación a la cadena de legitimados activos.

El CCyC ha modificado varias de estas cuestiones, con una mirada de mayor apertura.

*b) Amplitud del concepto. Su contenido*

Si bien en el CCyC no se lo define de manera explícita, en el art. 1741 se dispone respecto de la indemnización de las *consecuencias no patrimoniales* derivadas del suceso lesivo. Esta locución tiene una *amplitud tal,* que permite abarcar *todas* las repercusiones anímicamente perjudiciales derivadas de un suceso dañoso, se trate de un damnificado directo o indirecto, en tanto y en cuanto guarden adecuada relación de causalidad con el hecho y estén comprendidas en el elenco de las consecuencias indemnizables (art. 1726 CCyC).

Ello termina con un amplio debate en el marco del Cód. Civil, adoptándose la *concepción amplia* respecto al daño moral y cuyo contenido excede ampliamente el concepto de "dolor" o al "sufrimiento". Luego de trabajosos años de elaboración de la doctrina (en particular, ZAVALA DE GONZÁLEZ y PIZARRO), y la jurisprudencia, se ha logrado precisar sus *verdaderos* alcances.

No cabe dudar que el daño moral comprende *todas* las consecuencias perjudiciales en las capacidades del *entender, querer y sentir*, derivadas de la lesión a intereses no patrimoniales, y que se traducen en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba el damnificado antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial.

Vale reiterar —en concordancia con lo antes indicado— que las lesiones psíquicas o físicas no son daño resarcible, sino que lo son sus consecuencias, en este caso, espirituales.

El concepto es tan amplio, que en tanto y en cuanto exista una lesión a interés extrapatrimonial, y ella tenga una proyección concreta, se estará en presencia de un daño moral, *inclusive el caso de pérdida de chances afectivas*, que deben entenderse resarcibles como tales.

El daño moral se manifiesta de las más diversas maneras: con dolor físico, tristeza, angustia, secuelas psicológicas, diversas dificultades en la vida cotidiana y de relación, etc. etc.

Así las cosas, son dos las operaciones que deben realizarse: en primer lugar, determinar la entidad *cualitativa* del daño moral (su "valoración"). Luego de ello, sigue lo más difícil: determinar su entidad cuantitativa (esto es, la "cuantificación").

### *c) La inexistencia de los terceros géneros. El rol del daño-lesión*

La amplitud del concepto de daño moral, en función de todo lo que abarca, nos lleva a ratificar la *exclusión* de los postulados "terceros géneros" de daños resarcibles, a los que hemos hecho referencia, desestimándolos (§ 87).

Ello no significa afirmar que el "daño físico", el "daño biológico", el "daño al proyecto de vida", el "daño sexual", y tantos otros queden sin resarcimiento. Lo que sucede es que lo indemnizable son las *consecuencias* de la lesión a los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, de su salud psicofísica, de sus afecciones espirituales legítimas, y de la interferencia en su proyecto de vida, como —con absoluta claridad— se dispone en el art. 1738 del CCyC. La prueba de dichas *lesiones*, será el elemento que permita valorar acabadamente el daño moral, *y calibrarlo debidamente en el caso concreto, en función de las repercusiones espirituales en la víctima del suceso dañoso.* Cada una de estas lesiones, de ser acreditadas, *engrosarán cualitativamente al daño moral, lo que luego habrá de traducirse en una indemnización mayor.*

Puede observarse que, en definitiva, nada quedará sin derecho al resarcimiento y, mediante el empleo de este ajustado concepto, se evitará caer en indemnizaciones duplicadas, con el consiguiente enriquecimiento sin causa que ello reportaría para la víctima del daño.

### *d) No se predica de las personas jurídicas*

En el ámbito del Cód. Civil existía una importante polémica al respecto, en especial en relación a las personas jurídicas *sin fines de lucro*, en donde la lesión al "buen nombre" o la reputación no se traduce en una pérdida económica, sino de otra naturaleza. Aunque cabe advertir que la doctrina mayoritaria negaba la existencia de daño moral para este caso.

En nuestra opinión, de la lectura del art. 1741 del CCyC, debe concluirse que el daño extrapatrimonial o moral no puede predicarse de las personas jurídicas. Es que si bien la locución *extrapatrimonial* podría entenderse como comprensiva de los intereses extrapatrimoniales de las personas jurídicas (muy particularmente en el caso recién citado), lo cierto es que luego de referirse al damnificado *directo*, la ley concede legitimación a ciertos damnificados *indirectos* (ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquél

recibiendo trato familiar ostensible) en caso de "muerte" o "gran discapacidad", situación que sólo concerniente a las *personas humanas*. Lo propio, en relación a la transmisión de la acción resarcitoria a los *sucesores universales*.

Entendemos, de todas maneras, que *existe* en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro un interés extrapatrimonial, y que, por ende, mediante una norma especial debió contemplarse la situación, a fin de asignar algún derecho resarcitorio en concreto.

### e) *El daño moral colectivo*

En el caso de la lesión a intereses individuales homogéneos, la cuestión no varía en lo cualitativo, ya que siempre se trata de daño moral individual, como sucede —por ej.—, en el caso de daños masivos a los consumidores. Sin perjuicio de que pueda existir un *cierto* criterio de uniformidad en relación al universo de damnificados (por ej., generándose una presunción *hominis* de daño moral en función de la situación que el caso presente, como una suerte de *mínimo* o *piso* de daño), cada damnificado podrá invocar y acreditar su propio daño moral. Procesalmente la cuestión es más compleja, por las particularidades que presentan los *procesos colectivos*.

En tanto que cuando la lesión se causa respecto a un *interés difuso,* en donde el bien afectado es de *incidencia colectiva*, cabe preguntarse si quien acciona (debidamente legitimado para ello, como podría ser, por ej., el caso de una acción por daño ambiental) puede invocar la pretensión de indemnización de dicho daño, en cuanto *daño moral* causado colectivamente. Se trata de daños "colectivos" que no producen daños "individuales" (como podría ser la polución en sí misma, sin otras consecuencias —ZAVALA DE GONZÁLEZ—).

Coincidimos con PIZARRO en que, por el carácter *espiritual* del daño moral, sólo puede predicarse de las *personas humanas consideradas individualmente*, y no de la *colectividad* mirada en sí misma, como algo diferente y que pueda *ella* padecer daño moral. Ello es de la esencia del concepto mismo de la figura, que se ha ratificado en el CCyC (se lo denomine *consecuencias no patrimoniales* o *daño moral*), y en donde las normas sobre *legitimación activa* (art. 1741 CCyC) *no contemplan a la colectividad, sino a los individuos.*

Ello no impide considerar —sino todo lo contrario— que el *daño,* en *sentido amplio* (daño-lesión, art. 1737 CCyC) afecte también a

derechos de incidencia colectiva, como expresamente se señala en dicha norma. Es lo que justifica no sólo la función preventiva, sino también la resarcitoria en orden a los daños resarcibles patrimoniales ocasionados a los individuos, y también —en el marco del derecho ambiental— a la *recomposición, que es una manera diferente de reparación, distinta al daño resarcible;* y, por último, es la razón fundante de la *función punitiva* de la ley 24.240.

## § 107. Prueba del daño moral. La importancia de las presunciones *hominis*

Con carácter general, y para *todo* daño, rige lo dispuesto en el art. 1744 del CCyC: el daño no se presume, y debe ser acreditado por quien lo invoca, salvo que la ley lo presuma o surja notorio de los propios hechos.

### *a) Inexistencia de presunciones legales de daño moral*

Al contrario que en el daño patrimonial, no existen en el CCyC presunciones *legales* de la existencia de daño moral.

En nuestra opinión, debió avanzarse *un paso más* en esta cuestión, consagrándose algunas pocas presunciones legales (siempre *iuris tantum*), que a la vez contuvieran algún criterio de *cuantificación mínimo* para dichos supuestos (por ej., en caso de muerte de los padres, los hijos, el cónyuge o el conviviente en unión convivencial, y en caso de incapacidad total y permanente). Analizamos más adelante la problemática, al estudiar la indemnización del daño moral (§ 159.d).

### *b) Prueba directa y prueba por indicios*

La determinación de la *existencia* del daño moral, esto es, su valoración, transita por senderos más flexibles que los del daño patrimonial.

Cabe aquí acudir a presunciones *hominis*, y también a la regla *res ipsa loquitur* ("Las cosas hablan por sí mismas"), ahora consagrada expresamente en el art. 1744 del CCyC. Es que por las reglas de la experiencia es más o menos sencillo concluir que ciertos padecimientos y afecciones naturalmente se derivan de determinados hechos acreditados.

El daño moral constituye un rubro autónomo, que no guarda relación ni cualitativa ni cuantitativa con el daño patrimonial, y, por ende, no puede ser derivado de éste ni viceversa.

Así las cosas, cuando existe este daño *in re ipsa*, que surge de manera indudable de las circunstancias ya apuntadas, constituye un "piso", o un punto de partida (a la hora de valorar el daño) que podrá acrecentarse o incluso disminuirse, si se acreditan las concretas repercusiones que el acto ilícito haya tenido respecto de la víctima de la acción lesiva.

No cabe dudar de que ciertas situaciones *razonablemente* causan daño moral, como las recién apuntadas (la muerte de un ser querido, o la incapacidad). En otros supuestos, la cuestión resulta algo dificultosa, pero no cabe dudar de que la constatación de la situación de hecho, en cada caso en concreto, podrá llevar a concluir la existencia de un daño moral que surja como "notorio". Ello no obsta, sino que por el contrario aconseja, la producción de prueba al respecto, pero es claro que una prueba acabada, concluyente y definitiva no es requerible.

Es común, por ej., la declaración de testigos que deponen señalado "lo triste" que una persona estaba en razón de un hecho dañoso, lo que en ciertas situaciones luce innecesario. La prueba pericial psicológica, o psiquiátrica, en nuestra opinión, es la que mejor permite establecer las *concretas* consecuencias en la persona de la víctima, sin perjuicio —reiteramos— de que aún en ausencia de ella pueda inferirse un "piso" de daño moral, infranqueable, salvo prueba acabada en contrario, la que será de muy difícil producción (por citar un caso extremo, por ej., que una persona tenía odio manifiesto por su padre —por la razón que sea— y que su fallecimiento en un siniestro no le causó daño moral, sino que festejó el suceso).

## § 108. Legitimados activos

En el art. 1741 del CCyC se dispone: *"Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.*

Haciéndose eco de un importante reclamo de la doctrina y también de la jurisprudencia (que había declarado la inconstituciona-

lidad del art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto sólo legitimaba como damnificados indirectos, en caso de muerte, al cónyuge, ascendientes y descendientes), se ha producido una *ampliación* de la cadena de legitimados activos, aunque de todas maneras, existen confines que dejan fuera a ciertas personas que, aún padeciendo daño moral que guarda nexo adecuado de causalidad con el suceso dañoso, tienen vedado el derecho indemnizatorio.

Se trata de una cuestión de *política legislativa*, en permanente tensión con el principio de reparación plena.

### *a) Legitimación del damnificado directo*

Ésta es indiscutible, y no existe cortapisa alguna.

### *b) Legitimación de los damnificados indirectos*

*(i) Se trata de damnificados* iure propio *y no* iure hereditatis. En efecto, y de acuerdo a la doctrina abrumadoramente mayoritaria en estos últimos años respecto a los alcances del art. 1078 del Cód. Civil, se establece que la indemnización es a título personal, y no por causa de muerte (ello surge de la última parte del artículo). Es que, en rigor de verdad, la locución *herederos forzosos* fue empleada con la finalidad de establecer los límites de la legitimación activa, y no de asignar un derecho por causa de la muerte del damnificado directo.

*(ii) Muerte o* gran discapacidad. No sólo en caso de muerte, sino también en el de *gran discapacidad* del damnificado directo, los damnificados indirectos mencionados en la norma se encuentran legitimados para reclamar el resarcimiento del daño moral, además —naturalmente— del damnificado directo en el último supuesto.

La locución es *abierta*, y seguramente generará varios contrapuntos en la doctrina y la jurisprudencia. Por empezar, no cabe identificar *discapacidad* con *incapacidad.* Puede existir *incapacidad* sin discapacidad (por ej., un menor de cinco años en perfecto estado de salud), ya que el *discapacitado* es, según el Diccionario de la lengua, quien "padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida". Pero además, la *discapacidad* es un concepto *jurídico*. Por ley 27.044, se otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional a *la Convención sobre*

*los Derechos de las Personas con Discapacidad*, antes aprobada por ley 26.378. En su art. 1° se dispone que *"Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*. Por su parte, en el art. 9° de la ley 24.901 (Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad), se dispone: *"Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el art.* 2° de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral".

*Gran* discapacidad no significa necesariamente *incapacidad absoluta* (en contra ALFERILLO, quien sostiene que debe ser total, permanente e irreversible). Será, pues, una cuestión a determinar en el *caso concreto*.

Además, no compartimos la opinión de que debe existir una *previa* declaración judicial en tal sentido (ALFERILLO). Podrá serlo, si se ha promovido alguna otra actuación por tal razón, pero nada obsta a que si ello no acontece, pueda determinarse tal circunstancia en el marco del proceso indemnizatorio.

*(iii) Parientes legitimados activos*. Se mantiene la legitimación de los ascendientes, descendientes y el cónyuge. No existe limitación alguna en orden a la cadena de ascendientes o descendientes (podrán reclamar, por ej., tanto los padres como los abuelos y bisabuelos de un niño fallecido).

*(iv) Personas que convivieran con el damnificado directo recibiendo trato familiar ostensible*. La fórmula contiene una *doble* limitación.

En primer lugar, debe tratarse de *convivientes al tiempo del suceso dañoso*, lo que deja fuera, por ej., a los hermanos que no habitan el mismo hogar. La *convivencia* es la *vida en común*, en *compañía*. En segundo lugar, debe haber existido *trato familiar ostensible* (no lo serían, por ej., los compañeros de una pensión de estudiantes, convivientes ocasionales, la empleada doméstica que vive en el hogar, aunque algunos casos presentarán aristas difusas).

La limitación es inconveniente, pues deja fuera de la cadena de legitimados activos a personas con vínculos afectivos cercanos e intensos, a los que cabría asignarles legitimación para reclamar por daño moral (novio o novia que no convive, personas que han *dejado* de convivir en tiempos cercanos, amigos íntimos, etc.).

Entre los incluidos, cabe señalar (siempre *convivientes*) a los hermanos; hijos de crianza; la pareja en una relación que no necesariamente deba calificar como *unión convivencial* (art. 510), ya que la ley no lo limita; los integrantes de las familias ensambladas; guardadores con fines de adopción; también —entendemos— en los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, pese a la transitoriedad de la situación; etc.

## § 109. Transmisibilidad de la acción

### a) Mortis causa

En el art. 1741 del CCyC se dispone que "*la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste*". En otras palabras, si no la promovió, la muerte la extingue. Entendemos que la solución es la adecuada, ya que *el ejercicio* de los derechos que emanan de esta relación de obligación es *estrictamente personal* del damnificado.

Ello no obsta, por cierto, a que en el supuesto de que el damnificado directo padezca una severa discapacidad que le impida ejercer la acción (por ej., un estado de coma prolongado, o una larga agonía), éste pueda interponerla mediante mecanismos de representación o asistencia, en el marco de un proceso de limitación de la capacidad o mediante una acción individual con la debida intervención del Ministerio Público; e —incluso— a través de la gestión oficiosa de un tercero, bajo el ropaje jurídico de la gestión de negocios.

### b) Por actos entre vivos

Nada se dispone al respecto, y somos de la opinión que no existe impedimento para una cesión de derechos litigiosos, una vez promovida la acción, sin perjuicio de que ello no desvinculará totalmente del proceso al cedente, pues deberá prestarse —casi con seguridad— a colaborar en las medidas probatorias que no se hayan aún practicado, como podría ser una prueba pericial. Además, cabe preguntarse si es posible la cesión del derecho *no litigioso*. No existe prohibición

legal expresa (v. *Obligaciones* § 512), y se ha sostenido que en este caso no sería viable (aunque sí para el caso de que sea litigioso), en razón de que una de las limitaciones de la cesión es la *naturaleza del derecho* (art. 1616 CCyC —LÓPEZ HERRERA—). En nuestra opinión, no cambia la naturaleza de las cosas el hecho de que se haya demandado o no el resarcimiento. La ley no lo impide, e —incluso— puede afirmarse que la transmisibilidad consulta la *propia finalidad* del derecho, y permitirá una más rápida satisfacción de la víctima, máxime si la lesión es de una entidad tal que causará la muerte en un lapso breve —por ej., el contagio de una enfermedad mortal— (PIZARRO). Además, esto incluye la posibilidad del *pago por subrogación*.

## § 110. Inembargabilidad y acción subrogatoria

Como ya se ha analizado (v. *Obligaciones* § 445), son inembargables *"las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica"* (art. 744 inc. f] CCyC). Por ende, los daños morales derivados de otras lesiones integran la garantía patrimonial, y son embargables.

En este marco cabe preguntarse, respecto de estos últimos, si es factible el ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores de la víctima. En nuestra opinión (v. *Obligaciones* § 475.d), si la acción no ha sido promovida, no hay posibilidad de subrogarse, desde que por su naturaleza el derecho sólo puede ser ejercido por el titular; pero si se la promovió (y aquí la situación es *diferente* a lo indicado respecto de la cesión, claramente), entendemos que la subrogación es viable, ya que no se explica porqué podría ser embargable, pero no pasible de la acción rubrogatoria.

## § 111. Cuantificación de la indemnización. Remisión

Analizamos la cuestión en el § 157 y ss.

### BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

BERGER, Sabrina M., "La clasificación de los daños en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2015-X-34.

BERGER, Sabrina M., "La prueba del daño", LL del 5/2/2016, p. 5; LL 2016-A-284.

BERGER, Sabrina M., "El daño no patrimonial en el Código Civil y Comercial", RCCyC del 17/8/2015, p. 209.

CAFFERATTA, Néstor A., "La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-304.

CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-81.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial", LL del 10/2/2015, p. 1; LL 2015-A-835; RCyS 2015-III-13.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "El concepto de daño y su indemnización en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 143 y ss.

MÁRQUEZ, José Fernando, "Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-I-5.

MEZA, Jorge A. - BORAGINA, Juan Carlos, "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-104.

MÜLLER, Enrique C., "Los derechos e intereses de incidencia colectiva", La Ley Online.

PLOVANICH, María Cristina, "El daño. Concepto y requisitos", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

TOLOSA, Pamela, "Derechos de incidencia colectiva, daños y análisis económico del derecho en el Código Civil y Comercial", RCCyC del 7/3/2016, p. 293.

TOLOSA, Pamela, "La noción de derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2016-II-39.

ZANNONI, Eduardo, "El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales", en *Revista de Derecho De Daños - Chances*, t. 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 96/97.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 28/4/1998, "Zacarías Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros", LL 1998-C-322.

CSJN, 12/2/1993, "Bizotto, José G. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales y otra", LL 1993-B-327.

CSJN, 27/8/1995, "Gómez Álzaga, Martín B. v. Provincia de Buenos Aires", LL 1986-A-557.

CSJN, 21/5/2002, "C. M. y otros v. Provincia de San Luis y otra", LL 2003-D-960.

CSJN, 8/3/1994, "Rodríguez Santorum, Claudio v. Tap Air Portugal", Fallos 317:181.

TSJ Córdoba, 25/6/2008, "Dutto Aldo Secundino v. América Yolanda Carranza y otro - Ordinario - Recurso de Casación", sentencia n. 68, *http://www.justiciacordoba.gov.ar.*

SEGUNDA PARTE

# LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO VII

# FUNCIÓN PREVENTIVA Y FUNCIÓN SANCIONATORIA

## I. INTRODUCCIÓN

### § 112. Las funciones de la responsabilidad civil

Como se anticipara (§ 6.b), las funciones de la responsabilidad civil son tres: *prevención, resarcimiento y punición (o sanción)*. En el CCyC se plasma el pensamiento de los juristas que, a partir de la función resarcitoria, fueron evidenciando la necesidad de *extender las fronteras* de la responsabilidad civil, en razón de la insuficiencia que se evidenció con la sola finalidad reparatoria. Cuando un daño se causa, y sin perjuicio de que *jurídicamente* si el resarcimiento se concreta, el conflicto individual quede zanjado, lo cierto es que la situación importa una *pérdida irremediable para la sociedad en su conjunto: un valor positivo, de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, se pierde para el conjunto;* y el resarcimiento no borra esa *merma*, pues, en definitiva (por una cuestión de estricta justicia), se *traslada* al civilmente responsable.

El viejo aforismo *es mejor prevenir que remediar* ha cobrado inusitada actualidad y utilidad. No sólo en razón de las cuestiones económicas en juego, sino también porque los *daños* en no pocas situaciones deben ser compensados en dinero, no siendo posible la recomposición por equivalente. Donde más se evidencia la situación es en el terreno de los *daños ambientales* y en los *daños a la integridad psicofísica de las personas*. Asimismo, la creciente escasez de ciertos bienes y la superpoblación, lleva a valorar la necesidad de prevención bajo otras ópticas que las tradicionales: *es inadmisible seguir "perdiendo" bienes,* en un mundo que cada vez menos tiene y más se contamina; y en donde los efectos nocivos en "cascada", a partir

de un daño (guarden o no relación de causalidad adecuada), generan un grave perjuicio que trasciende notablemente el interés individual.

La mirada antropocéntrica, que lucha sin cuartel contra una cosmovisión materialista y cosificada del hombre como así también la necesidad de la reducción de costos económicos de todo tipo nos brindan un sustento más que suficiente para justificar plenamente la función preventiva del Derecho de Daños y la consecuente consagración de instrumentos que permitan de la forma más eficiente evitar los daños antes que repararlos. Es más aun, el denominado *principio precautorio* va un paso más allá del preventivo, como lo analizamos en el presente capítulo.

En otras palabras: *el interés general se encuentra seriamente comprometido ante la causación de daños, y urge la adopción de medidas tendientes a su evitación.* Por ello, celebramos vivamente la consagración de la *función preventiva* en el CCyC.

Pero, además, y ante el daño consumado, la *función punitiva* adquiere enorme relevancia. No tanto (aunque es de su esencia) la *sanción* de conductas indebidas, sino por el *rol preventivo* que dichas sanciones también tiene, y que —tal vez— sea lo que más las justifica. En el Proyecto se la denominó *sanción pecuniaria disuasiva* (art. 1714), lo que revela *su naturaleza bifronte: punición pero, por sobre todo, disuasión; esto es, desalentar conductas dañosas, tanto de los sancionados, como de los terceros.* Lamentablemente la norma se eliminó por la Comisión Bicameral, quedando reducida esta función a los daños punitivos del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, y a las astreintes del art. 804 del CCyC, esencialmente.

Sin perjuicio de esto último (y que es grave), el CCyC ha producido un notable avance cualitativo. El *primer* artículo sobre responsabilidad civil reza: *"Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación"*. Se trata de las normas del *Título* en cuestión, y no de las funciones de la responsabilidad civil en general, en donde la función punitiva existe, aunque con carácter limitado.

## II. FUNCIÓN PREVENTIVA

### § 113. Caracterización

La prevención de los daños se encuentra integrada por un conjunto de herramientas legales orientadas a *evitar su causación, su*

*agravación,* o *disminuir su magnitud.* Su éxito radica en ser un factor que promueve la no ocurrencia de daños.

Como bien se ha dicho, del principio *alterum non laedere,* se infiere sobre todo una necesidad primaria: *no causar daños* (LLAMAS POMBO). En efecto, comparativamente la reparación puede aliviar y compensar a la víctima pero en pocos casos puede volver las cosas al estado anterior. Se trata, en definitiva, *de impedir que los daños acontezcan, adoptándose todas las medidas que sean razonablemente necesarias para ello.*

### *a) El Cód. Civil*

La *función preventiva* ha adquirido autonomía e identidad propia en las últimas décadas. La *responsabilidad civil* del código de VÉLEZ, si bien no desconocía la *situación de amenaza de daño,* había repudiado la concesión de una *acción civil* para su evitación, dejando librada la cuestión al poder de policía. En el art. 1132 del Cód. Civil se disponía que "el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, *no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podría causarle su ruina.* Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio". En la nota, y con cita de la *cautio damni infecti* romana, agregaba el codificador: "la admisión de una *acción preventiva* en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina".

Esta mirada del problema cambió radicalmente con la modificación del art. 2499 del Cód. Civil, por la reforma de la ley 17.711 de 1968. Si bien no se derogó el art. 1132, en aquel artículo se dispuso, en el segundo párrafo que se agregó: *"Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares".* Se trata de lo que se denominó la *acción de daño temido,* y que fue el germen de la tutela preventiva en la responsabilidad civil, especialmente porque no se limitó a los edificios sino también a *"otra cosa"* que pudiera causar un daño (LÓPEZ HERRERA). A partir de allí, se fue construyendo y ampliando la función preventiva, doctrinaria y jurisprudencialmente, lo que finalmente desembocó en la nueva regulación del CCyC.

### *b) La función preventiva en las medidas cautelares judiciales. Remisión*

Sin perjuicio de esta nueva regulación, lo cierto es que desde el derecho procesal la función preventiva tuvo un importante desarrollo

a partir de las *medidas cautelares*. La mirada está centrada en una suerte de función de *garantía* o *seguridad* en el cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales, pero ello es inescindible de su naturaleza *preventiva:* no se trata, solamente, de lograr la efectividad de un pronunciamiento judicial, sino de *evitar* de manera *anticipada* su incumplimiento, a fin de no causar un perjuicio al ganancioso. Remitimos a lo analizado previamente (v. *Obligaciones* § 448 y ss.).

### *c) La prevención de daños en el ámbito de las relaciones de obligación. Remisión*

De la misma manera, *todas* las medidas de protección del crédito, no son sino *tutela preventiva*. Reiteramos que si bien lo que luce como *inmediato* es evitar el incumplimiento, o dar mayores seguridades al acreedor, es por demás evidente que ello *implica prevenir los daños que se derivarán de dicho incumplimiento*. Hemos analizado la problemática en *Obligaciones*, capítulos 29 a 32 (§ 440 y ss.).

### *d) La prevención y sus repercusiones económicas*

Desde la perspectiva económica conviene recordar que el análisis económico del derecho es la manera eficiente de evaluar los costos y beneficios en materia de regulación de comportamientos humanos jurídicamente relevantes. Su principal función consiste en atribuir eficientemente los recursos escasos.

Cuando vinculamos al análisis económico del derecho con el sistema de daños no podemos dejar de mencionar, al menos brevemente, los tres tipos de costos que se generan ante la producción del daño y la forma de evitarlos. CALABRESI los clasifica en daños primarios, secundarios y terciarios.

Los primeros se corresponden con aquellos daños materiales e inmateriales que sufren la víctima y los terceros. Para poder evitarlos es necesario que los sujetos tomen conciencia de que económicamente les es más favorable prevenirlos que soportar su reparación. Vale decir entonces que este tipo apunta a la prevención general con efecto disuasorio.

Los costos secundarios se materializan en las desventajas sociales que produce el accidente. Bajo la premisa de que los daños provocan una traslación de económica, "un cambio de bolsillo". Por ello quien

la abona lo afronta retirando de los fondos de su actividad productiva. Estas extremidades pueden eliminarse distribuyendo los riesgos a través de seguros y fondos de garantías.

Las erogaciones terciarias señalan los costos de liquidación y percepción del daño. En particular se refieren a las tareas administrativas y profesionales necesarias esta instancia, léase Poder Judicial, tasa de justicia, abogados, etc. Para su descarte se propone una propagación de los factores objetivos de atribución y un sistema de tarifación del daño, todo en aras de facilitar la extinción de la obligación de indemnizar a través de la figura de la transacción.

La posibilidad de combinar la prevención con los costos económicos ha dado origen a posiciones encontradas.

Parte de la doctrina se inclina por prescindir de este análisis económico en la prevención y más aún en lo que hace a la responsabilidad por daños. El argumento para defender esta posición es que este análisis llevaría a la desprotección del más "débil", es decir la víctima, el consumidor, etc.

La postura contraria apunta a que es la protección fundamentalista de los débiles lo que lleva al fracaso de la sociedad y eso se debe a que los costos que genera la prevención pura se terminan trasladando a los sujetos que se quiere proteger.

Creemos que es necesario llegar a una postura intermedia que tiene como premisa el aceptar que no hay dos mundos cerrados y excluyentes como el económico y el jurídico sino uno en el que vivimos todos (VALLESPINOS/OSSOLA). En esta dirección se ha señalado que en el marco del análisis económico del derecho "la prevención es una de las funciones de la responsabilidad vinculada estrechamente con los costos. El daño es un anti-bien, y una externalidad negativa. Y, precisamente, esta forma de concebirlo lo vincula con los costos..." (TAVANO).

Una "buena razón" para no prevenir es tener que trasladar al precio del producto o servicio los costos del riesgo. Cuando las empresas comienzan a analizar la incidencia negativa de la prevención, incluyendo además de los costos, la publicidad negativa que significa distribuir en el mercado productos de alta probabilidad de daño, es factible que en términos económicos les sea más auspicioso continuar con su actividad riesgosa y garantizarle a la víctima un resarcimiento seguro. Del otro lado se encuentran los consumidores quienes ven los productos en las góndolas con precios más altos que se corresponden con productos más "seguros", es probable que terminen optando por adquirir otros

insumos similares, de menor costo, lo que incide en forma directa con el sistema de prevención que se utiliza sobre los mismos. Frente al panorama expuesto, con empresas a las que le resulta más barato "dañar que prevenir" y consumidores que ven en su hábitat diario un impacto económico en los precios de los productos o servicios que adquieren por traslación directa de los costos de la prevención a su bolsillo, es difícil que pueda llegarse a una solución apelando a las vías tradicionales de la teoría general.

### *e) La consagración general de la función preventiva en el Cód. Civil y Comercial*

Entre los arts. 1710 y 1713 del CCyC se estatuye, con carácter *general*, la *función preventiva de la responsabilidad civil.* Constituye ésta una de las partes más importantes de todo el código, y que lo irradia completamente, pero no sólo a dicho cuerpo normativo, sino a *todo el ordenamiento.* No se trata sólo de la consagración del *deber de prevenir daños* del art. 1710 del CCyC: la *acción preventiva* de los arts. 1711 a 1713 constituye el instrumento que le brinda *eficacia.* Se ha diseñado, pues, el deber y el mecanismo idóneo para hacerlo efectivo.

### *f) No comprende la función precautoria*

Como ya se ha indicado (v. *Obligaciones* § 455), el *principio precautorio* se aleja de la *probabilidad* de causar daños (lo que justifica la *prevención*), hacia la *hipótesis razonable* de su ocurrencia. Compartimos la opinión que indica que en el CCyC el principio precautorio no está contemplado ni contenido en la función preventiva (ALFERILLO), sin perjuicio de su ámbito de actuación específica, en especial el derecho ambiental.

### *g) El "daño" debe ser entendido en sentido amplio*

En efecto, no se trata aquí del *daño resarcible*, pues éste supone la *previa* lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento. Es el *daño en sentido amplio, esto es, el daño-lesión* (art. 1737 CCyC) lo que pretende evitarse.

## § 114. El deber de prevención del daño

Así se nomina al art. 1710 del CCyC, que reza. *"Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".*

### *a) El sujeto gravado con dicho deber jurídico*

Se ha producido una *notable expansión de la responsabilidad por omisión:* la consagración de *un deber genérico de actuar a fin de prevenir daños se ha extendido a "toda persona" (incluidas las propias víctimas), y no sólo a aquellas sobre quienes pese un deber jurídico específico.*

### *b) La condición que genera el deber jurídico de prevenir*

La clave está en las *posibilidades materiales y jurídicas* de las personas para actuar, sea cual sea la causa eficiente (fenomenológica) del daño, aún en el caso en que le sea absolutamente *extraña.* No se imponen aquí conductas heroicas o de abnegación, sin perjuicio de que éstas puedan llegar a existir (y con sus propios efectos jurídicos —art. 1719, segundo párrafo, CCyC—), pero cuya omisión no genera responsabilidad civil. Por el contrario, la *exigencia* es la de *actuar* mediante la adopción de *medidas razonables*, conforme a la *buena fe* y a las *circunstancias del caso*, mediando la posibilidad de hacerlo.

En tales condiciones, si *no se actúa*, dicha *omisión deviene antijurídica* (§ 35). Y tiene como presupuesto *anterior* la asignación de *relación causal adecuada* (§ 57): "el sujeto deviene en *autor* o *coautor* del perjuicio sobreviniente o intensificado, por no enervar el peligro de que surja o empeore... gobierna un peligro dentro de algún ámbito de su incumbencia, y por eso garantiza que no genere perjuicios" (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

*c) Las diversas conductas exigibles*

*(i) Evitar causar daños no justificados.* Ello debe interpretarse en el sentido de que la causación o la no evitación de daños deben provenir de una conducta *antijurídica* (ZAVALA DE GONZÁLEZ), de acuerdo a lo que surge del art. 1717 del CCyC. Es que si la conducta potencialmente dañosa se encuentra permitida (lo cual importa *justificación* - § 38), deviene impredicable lo contradictorio.

*(ii) Adoptar medidas para evitar que se produzca o disminuir su magnitud.* En nuestra opinión, la norma se orienta esencialmente a las situaciones de peligro de daño o su agravación originadas en un hecho ajeno.

*(iii) No agravar el daño ya producido.* Sea cual sea la causa del daño (propia o extraña), se consagra el deber de *no acrecentarlo,* en tanto ello se proyecte a la esfera de los intereses jurídicos *ajenos.*

## § 115. La acción preventiva

*a) Caracterización*

El deber de prevención de los daños es el que justifica la concesión de una *acción sustancial, mediante un proceso autónomo* cuyo único objeto es evitar su producción, agravación o continuación.

Por tratarse de un proceso independiente de otro, debe diferenciarse de aquellos en los que, de manera *provisoria,* y aun coincidiendo con la pretensión sustancial, se disponen medidas de prevención de los daños, como el caso, por ej., de la tutela anticipada o la medida innovativa (v. *Obligaciones* § 453), que claramente encuentran ahora su fundamento en el principio de prevención, pero que dependen de una resolución *ulterior.* Aquí, por el contrario, *la prevención en sí misma es la única pretensión.*

Ello no obsta (sino, por el contrario, aconseja) a que, en todos aquellos casos de medidas cautelares o procesos urgentes no autónomos, el *fundamento* deba ser el principio de prevención consagrado en el CCyC, e incluso puedan aplicarse por analogía las reglas de la acción preventiva.

Es, en definitiva, lo que se ha dado en llamar la *tutela sustancial inhibitoria:* "Inhibir equivale a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura,

reprobada por el ordenamiento jurídico. Esta tutela se traduce en un mandato que dispone la abstención de un comportamiento ilícito y peligroso o bien la realización de conductas —de hacer o incluso entregar dinero u otros bienes— *que eliminan un riesgo injusto de lesión o su continuidad"* (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

### *b) Requisitos*

En el art. 1711 del CCyC se dispone: *"La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución"*.

*(i) Enunciación.* Como bien se ha indicado, para promover la acción, de manera insoslayable, es necesaria la concurrencia de: 1) Una acción u omisión que origina un *peligro* de daño; 2) Antijuridicidad de la conducta riesgosa; 3) Previsibilidad del resultado nocivo; d) Lesión a un interés razonable del actor; 5) La posibilidad de detener el emprendimiento nocivo (ZAVALA DE GONZÁLEZ). La *previsibilidad* debe juzgarse a la luz de las reglas de la causalidad adecuada, y el planteo del actor debe ser lo suficientemente explícito en orden a todos estos requisitos.

*(ii) La cuestión del factor de atribución.* La ausencia del *factor de atribución,* como requisito inexcusable, se justifica ampliamente. Es que aquí de lo que se trata es de *evitar la causación de un daño no justificado, y no de resarcir; provenga de quien provenga, haya obrado o no con culpa* (podría, incluso, tratarse de un inimputable), *sea o no riesgosa su conducta.* Empero, cabe advertir que en la gran mayoría de los casos, se presentarán el *riesgo* o la *culpabilidad*, particularmente el primero. El *peligro de daño inminente es "riesgo"*. Pero, en rigor de verdad, son otras las razones axiológicas (que siempre las hay) para justificar la acción preventiva: la evitación de daños injustos por parte de quien puede hacerlo, obrando de buena fe, y en cuanto de él dependa.

*(iii) Acción u omisión antijurídicas. La situación de los actos lícitos potencialmente dañosos.* La acción o la omisión deben ser *antijurídicas*, lo cual importa el contraste de la conducta con el ordenamiento, pero con un matiz especial: deberán tener la potencialidad efectiva de *causar un daño no justificado*, razón por la cual la antijuridicidad se define por el eventual (pero razonable) *efecto futuro*, que

se pretende neutralizar. Por ende, cuando el acto sea *lícito* (esto es, cuando *no* tenga dicha potencialidad), la acción será inviable.

### *c) Las vías procesales*

Entendemos que se ha consagrado una *acción autónoma*, con identidad propia, respecto a la cual no existen (o no debieran existir) impedimentos para su promoción como tal, sin perjuicio de la absoluta necesidad de una regulación procesal específica, que la torne más operativa y eficaz. Entretanto, deberán aplicarse las normas del procedimiento de conocimiento más breve.

De todas maneras, también la acción puede promoverse por vía de la acción de amparo, hábeas data o las medidas autosatisfactivas, que no son sino manifestaciones procesales de dicha tutela sustancial inhibitoria. Pero debe aclararse que estas acciones *nominadas* o *típicas* tienen sus propios requisitos de procedencia.

### *d) Legitimación activa y pasiva*

En el art. 1712 del CCyC se dispone que *"están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño"*. No se trata de un interés jurídico solamente, sino que también puede ser incoada por quien tenga un interés *de hecho*, no reprobado por el ordenamiento. Ello se deriva del concepto de *daño* del art. 1737 del CCyC, que contempla ambas situaciones.

La *razonabilidad* exigida constituye una fórmula *abierta*, que deberá ser invocada de la manera más precisa y *acreditada* por el actor. De todas maneras, en función de las circunstancias del caso, no será siempre exigible una prueba acabada y concluyente, teniéndose en cuenta la situación de *emergencia* que es propia de la acción; lo que no obsta a que el pretensor deba aportar todos los elementos que tiene a su alcance. El interés, claro está, podrá ser *individual* o *colectivo*. En este último caso, no dudamos que el Ministerio Público Fiscal tiene asignado un fuerte protagonismo, en particular en las acciones ambientales y de consumo, como así también todos los otros sujetos que la legislación especial legitima a tal efecto.

### *e) Sentencia*

En el art. 1713 del CCyC se dispone: "*Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*".

Como puede observarse, la norma es de una amplitud tal, que permite adaptar las medidas a lo que la situación en concreto requiere. *Incluso está prevista la actuación de oficio por parte del juez,* solución que entendemos harto razonable y conveniente, y que le impone al juzgador la adopción de los mayores recaudos. La *congruencia*, en cuanto principio procesal, se diluye en parte en razón de la existencia de un interés superior, cual es el que reposa en el principio de prevención.

Si bien no en el marco de una acción preventiva autónoma, cada vez más se presentan situaciones en las que los magistrados advierten *peligros de daño* que, o bien no han sido invocados o percibidos, o respecto a los cuales las partes en un proceso individual nada han solicitado. Por ej., en un accidente de tránsito sucedido en una arteria de enorme circulación de automóviles y peatones, por existir una escuela cerca, y que no se encuentra señalizada, semaforizada ni con las medidas de seguridad que la situación requiere. Entendemos que el juez, en base a las normas ahora estudiadas, podría disponer de oficio en el marco del proceso de daños derivado de dicho siniestro, medidas de prevención del daño.

De todas maneras, la manda de dictar una sentencia *razonablemente fundada* (art. 3° CCyC), aquí adquiere ribetes específicos: la restricción a los derechos ha de ser la mínima necesaria, y debe buscarse el medio "más idóneo" para lograr la prevención, sean cuales sean los deberes jurídicos que se impongan, o las acciones que el juez ordene, inclusive a cargo de terceros (por ej., si resulta necesario construir "lomadas" en las calles de un barrio cerrado, y el obligado no lo hace). Las medidas podrán ser, según el caso lo demande, provisorias o definitivas.

### *f) Casos de acciones preventivas contemplados en el ordenamiento*

Además de la *acción general* aquí estudiada, en varias situaciones se prevé la posibilidad de solicitar al juez la adopción de medidas de prevención, que podrán ahora materializarse —si no se consagra un

mecanismo procesal específico— bajo las reglas de la acción preventiva ahora estudiada. Entre muchas otras:

*(i) Ejercicio abusivo del derecho y situación jurídica abusiva.* En el art. 10 del CCyC se dispone que el juez debe ordenar lo necesario para *evitar* los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

*(ii) Afectaciones a la dignidad.* En el art. 52 del CCyC se dispone que quien vea amenazados sus derechos personalísimos puede reclamar la tutela preventiva.

*(iii) Inmisiones inmateriales.* En el art. 1973 del CCyC se dispone que según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños.

*(iv) Contratos. Suspensión del cumplimiento.* El art. 1032 del CCyC reza: *"Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado".*

*(v) Propiedad Horizontal.* En el caso de infracciones y violación del reglamento, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local (art. 2069 CCyC).

*(vi) Protección de la intimidad.* La intromisión *arbitraria* en la vida ajena habilita al agraviado a pedir al juez la cesación de tales actividades, si antes no cesaron (art. 1770 CCyC).

*(vii) Leyes especiales.* Entre otros casos, existen concretas medidas de prevención del daño en la Ley de Propiedad Intelectual 11.723 (art. 79); la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (arts. 52 y 53); la Ley Antidiscriminación 23.592 (art. 1); la Ley General del Ambiente 25.675 en varias de sus normas; etc. (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

*(viii) El art. 43 de la Constitución Nacional.* La acción de amparo procede, entre otros supuestos, ante la *amenaza* a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, en las condiciones allí establecidas.

### *g) La prevención en las relaciones de consumo*

Este modelo de prevención cuenta con articulación específica en nuestra ley 24.240: los art. 52 y 53 legislan la posibilidad de efectuar reclamos judiciales ante la existencia de una *amenaza* a los derechos e intereses de los consumidores.

Los derechos a la seguridad, a la protección de la salud, a la información, a la tutela de sus intereses económicos, a la libertad de elección, etc., deben ser apuntalados desde el comienzo de la relación de consumo.

FARINA al referirse a la ley 24.240 nos indica que sus normas son "preventivas en su mayor parte, porque el sistema tradicional sólo genera reacción jurídica frente al daño ya producido, lo cual es absolutamente estéril en el ámbito de la protección del consumidor. La ley 24.240 admite actuaciones con fines preventivos, cuando los intereses de los consumidores y usuarios 'resulten amenazados' (art. 52)". En igual sentido, MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI observan que la protección es más amplia, pues lo tutelado "no sólo es el interés dañado ('afectado'), sino 'amenazado'.... la amenaza de daño es fundamento de medidas cautelares tendientes a evitarlo, es una medida netamente preventiva".

Se patentiza así el efecto principal de la tutela sustancial inhibitoria: impedir que una conducta ilícita dañe a otro de modo tal que carece del efecto subrogatorio que caracteriza a la acción resarcitoria pues este tipo de se dedica a garantizar la integridad del derecho mismo (LLAMAS POMBO).

Así las cosas, la prevención pasa a ser uno de los ejes axiales del sistema: "Es de la esencia del derecho del consumidor la característica preventiva de sus normas y soluciones del sistema de protección, imponiendo una de las más notables superaciones del sistema clásico que solo genera reacción jurídica frente al daño ya producido. Y ello será absolutamente estéril en el ámbito de protección del consumidor, pues los costos sociales que dejan como secuela (no sólo a los consumidores sino al propio mercado) los accidentes de consumo y las prácticas abusivas, no son reparables a través de los mecanismos sancionatorios tradicionales" (R. STIGLITZ-G. STIGLITZ).

La ley incorpora la noción de prevención del daño en varios de sus artículos e instituciones. Entre ellos deben destacarse los arts. 4°, 5° y 6°; el control preventivo establecido en los arts. 38 y 39 en orden a las facultades de la autoridad de aplicación de "vigilar que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas de las previstas en el art. 37 de la misma ley" (RINESSI); la incorporación de las acciones de incidencia colectiva, por la ley 26.361, y la ampliación de la legitimación para accionar; las nuevas normas en el CCyC, que esencialmente versan sobre el deber de informar y las prácticas abu-

sivas. La jurisprudencia también ha tallado especialmente en el rol preventivo de las normas de defensa del consumidor.

En el ámbito del Mercado Común del Sur, los países partes firmaron el 15 de diciembre del año 2000 una declaración presidencial de derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR (Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los consumidores del MERCOSUR. Florianópolis, Republica Federativa del Brasil, a los 15 días de diciembre del 2000). Si se considera a los derechos de los consumidores como derechos fundamentales y su defensa un elemento esencial del desarrollo equilibrado y sustentable del mercado común, resulta coherente que los países declaren que la defensa del consumidor en el MERCOSUR contemplara una serie de derechos fundamentales. En ese marco el inciso e) de la declaración establece "a la efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y extramatrimoniales causados al consumidor y la sanción de los responsables...". Es importante resaltar que los países firmantes de dicho acuerdo asumieron el compromiso de armonizar progresivamente las respectivas legislaciones de modo tal que los estatutos particulares de cada uno de estos Estados debieran incluir la prevención de daños como uno de los fines del sistema.

### *h) La prevención de los daños y el derecho ambiental*

El *daño ambiental* ha sido gráficamente definido como la *contaminación ambiental*, esto es, "todo cambio perjudicial en las características físicas, químicas o biológicas del aire, tierra o agua que puede afectar nocivamente la vida humana o las materias primas. Introducir al medio cualquier índole de factores que anulen o disminuyan la función biótica" (CAFFERATTA), agregando dicho autor que sus caracteres *jurídicos* son los siguientes: no es un daño común; es ambivalente o bifronte, en cuanto afecta intereses individuales y supraindividuales; es complejo; de relación causal difusa; vinculado con aspectos técnicos o científicos tecnológicos de ardua, costosa o difícil comprobación; en ocasiones anónimo o impersonal; prevalentemente social, colectivo o masificado. La Ley General del Ambiente 25.675 lo define en su art. 27 en los siguientes términos: *"Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos"*.

Se trata, claramente, del *daño-lesión*, y no del daño resarcible, sin perjuicio —claro está— de que este último se genere.

Pero lo que ahora interesa es su *prevención*, ya que en una gran mayoría de los casos, la *recomposición ambiental* no borra las huellas, a veces irreversibles, que se producen mediante la contaminación.

La ley 25.675, entre sus principios, consagra tanto el de *prevención* como el de *precaución*, en los siguientes términos: *"Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente"* (art. 4).

Existe todo un andamiaje de *instrumentos preventivos* en la misma ley, y que surgen del art. 8: *"Los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio 2. La evaluación de impacto ambiental. 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas. 4. La educación ambiental. 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental. 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable"*. Luego se desarrollan individualmente.

En relación a las *acciones preventivas*, se dispone en el art. 30 que, sin perjuicio de las acciones de recomposición ante el daño ya producido, *"toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo"*. Pero, además, no dudamos en afirmar que podrá interponerse la acción *general* de prevención del CCyC.

Asimismo, *"en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte"* (art. 32).

El rol del juez es esencial. Éste *"podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general"* (art. 32). Cabe observar que fue *vetado* el último párrafo del art. 32, que reza: *"Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes"*. Pero ahora, en función de lo dispuesto en el art. 1713 del CCyC, la actuación de oficio es viable.

## III. FUNCIÓN SANCIONATORIA

### § 116. Las "sanciones civiles"

En el origen, la responsabilidad civil y la penal estaban confundidas. Un largo camino de depuración, permitió diferenciarlas, siendo la esencia de la responsabilidad civil la *reparación* de los daños (y, por ende, su función era compensatoria), y la de la responsabilidad penal la imposición de *sanciones* (o sea, *punitiva*). Sin embargo, existen algunas *sanciones civiles*. Las astreintes; en su momento los intereses sancionatorios (art. 622 del Cód. Civil, hoy derogados); en sentido amplio la ausencia de acción de regreso entre coobligados solidarios mediando dolo; el componente punitivo de la cláusula penal; estas figuras, y algunas más, conforman un elenco, aunque excepcional, de figuras netamente sancionatorias.

La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor del año 2008 (ley 26.361), incorporó el art. 52 bis a dicho texto legal, consagrándose por primera vez en nuestro ordenamiento los denominados *daños punitivos*, figura de neto corte sancionatorio. La doctrina argentina había analizado la cuestión algunos años antes (en especial, KEMELMAJER DE CARLUCCI y PIZARRO), y las opiniones se bifurcaron entre quienes los veían como algo extraño a la responsabilidad civil y que generaba un enriquecimiento indebido a la víctima (en razón de que el destino de la sanción económica era el patrimonio de la víctima del daño); y quienes la propiciaban, por su finalidad de castigar ilícitos lucrativos o conductas de grave desprecio hacia los derechos de los demás, además de que constituían un importante elemento de disuasión de conductas futuras. No está de más señalar que las dificultades por las que atraviesa el sistema penal, poco efectivo en muchas situaciones, constituía un elemento que propiciaba este tipo de figuras.

El art. 52 bis de la ley 24.240 tampoco se encuentra exento de polémicas. En el Proyecto del CCyC se previó la figura de la *sanción pecuniaria disuasiva* en el art. 1714, que fue eliminada por la Comisión Bicameral, quedando en pie únicamente los daños punitivos del art. 52 bis de la ley 24.240.

### § 117. La cuestión en el Proyecto

En el art. 1714 del Proyecto, elaborado por la Comisión, se disponía: *"Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de*

*parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".* El art. 1715 rezaba: *"Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida".*

En nuestra opinión, la regulación era impecable, adecuada y, sobre todo, equilibrada. Su *doble naturaleza* surgía de su nombre mismo "*sanción* pecuniaria *disuasiva*", y varias de las críticas que se habían efectuado a los daños punitivos de la Ley de Defensa del Consumidor quedaban sin sustento, inclusive la cuestión del destino de la indemnización.

Lamentablemente, la Comisión Bicameral que revisó el Proyecto la eliminó, con un argumento pueril y aparente: "se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del proyecto, con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad de aplicación de resolver estas cuestiones". Nada más errado. Las *sanciones* que impone la autoridad de aplicación (no se sabe cuál atento el extenso ámbito de aplicación de la norma, pero suponemos que la referencia sería a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, y a la que rige las cuestiones ambientales) son *de otro tipo,* ya que el supuesto de hecho aquí contemplado es diferente. En rigor de verdad, lo que se quiso fue eliminar la figura y, en nuestra opinión, en razón de que uno de los mayores responsables sería el Estado. Para evitar una reenumeración de los artículos (como se hizo en varias cuestiones), lo dispuesto en el art. 1715 del Proyecto se "desdobló" en lo que hoy son los arts. 1714 y 1715 del CCyC. Ha quedado en pie, pues, la figura de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor.

## § 118. La función sancionatoria en el Cód. Civil y Comercial

Poco ha quedado en el CCyC al respecto y, de hecho, en el art. 1708 (cuyo texto original fue modificado), se dispone que a los efectos de "este Título" las disposiciones son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

Sin embargo, como ya lo hemos indicado, no cabe negar la función *sancionatoria* de la responsabilidad civil, que se manifiesta a

través de figuras especiales, como lo son la cláusula penal y los daños punitivos en las relaciones de consumo.

Además, se dispone en el CCyC: *"Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto* (art. 1714); *"Facultades del juez. En el supuesto previsto en el art. 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida"* (art. 1715).

Esta facultad es aplicable no sólo a los daños punitivos de la Ley de Defensa del Consumidor, sino *en general* a todo caso en que se impongan *sanciones,* civiles, penales o administrativas.

## § 119. Los "daños punitivos". Noción

### *a) Concepto*

Son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado, y a prevenir hechos similares en el futuro (PIZARRO/VALLESPINOS).

La figura nació en el *comon law,* como una creación jurisprudencial. LÓPEZ HERRERA señala que en todas las definiciones formuladas están los dos elementos que son fundamentales para los daños punitivos: el castigo (*punishment*) y la disuasión (*deterrence*), agregando que pueden ser traducidos como la faz sancionatoria y preventiva, que son los fines que persigue el instituto.

En efecto, "las condenaciones punitivas crean un impacto psíquico como amenaza disuasoria que constriñe a desplegar precauciones impeditivas de lesiones análogas o a abstenerse de conductas desaprensivas... o sea que el empleo del instituto de los 'daños punitivos' a un caso debe tener por fin evitar que dicho daño se vuelva a repetir en otros supuestos, por medio de la disuasión de eventuales similares comportamientos ilícitos futuros; la cual, además, ha de comprender tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes" (TRIGO REPRESAS).

*b) Naturaleza*

Indica LÓPEZ HERRERA que los daños punitivos *no* son una indemnización, pero que sí son una *reparación* (en el sentido de desagravio, satisfacción al ofendido); poseen naturaleza accesoria; necesitan de un elemento subjetivo agravado, y se trata de una *pena privada.*

Tienen además *origen legal*, pues sólo son aplicables en los casos expresamente dispuestos por el ordenamiento; en nuestro país, sólo para las relaciones de consumo. De hecho, en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, expresamente se dispone que la sanción pecuniaria disuasiva le es inaplicable, como así también a sus funcionarios (art. 1°), norma sancionada antes de la modificación que se produjera en el Proyecto del CCyC.

El rol del juez es clave, pues las razones de la imposición de la sanción y particularmente su *cuantificación* revisten altísima trascendencia, si se tienen en cuenta las finalidades del instituto.

*c) Las discusiones*

Por otra parte, éste es uno de los casos en los que más claramente se evidencia el *conflicto ideológico* que subyace, como cuestión de fondo, en los más variados aspectos que hacen a las relaciones jurídicas, y en particular cuando éstas tienen repercusión económica.

Se postula, por una parte, que estas sanciones, o su amenaza, atentan contra la libertad de empresa, el progreso, retraen las inversiones y desalientan las investigaciones y avances de la economía y la ciencia, con la consiguiente afectación del *progreso* de las sociedades. Se indica que es inconstitucional en nuestro ordenamiento, ajeno a la función de la responsabilidad civil, que alienta la litigiosidad y el indebido ánimo de lucro, y que existen otras figuras e institutos que permiten el castigo de estas inconductas y su desaliento.

Por la otra, se postula que ha de privilegiarse a la *persona*, su salud, su integridad psicofísica, y su *dignidad.* Que ningún argumento es válido para vulnerar estos derechos fundamentales. Que, por el contrario, la figura permite ordenar adecuadamente las conductas, evitando la indiscriminada causación de daños en situaciones de extrema gravedad. Que la *mirada humanista* del derecho debe primar sobre la *economicista.*

Sin lugar a dudas somos partidarios de estas últimas ideas. Pero también debe advertirse que una aplicación indiscriminada, sin límites razonables y sin apuntar a lo que *realmente* es necesario (desalentar conductas graves e ilícitos lucrativos) puede resultar contraproducente, y producir una grave afectación a la sociedad. No se trata de una mirada *economicista* pura, sino de no ignorar las repercusiones económicas "en cascada" que podrían generarse (cierre de empresas, pérdidas de fuentes de trabajo, etc.). Puede observarse, por cierto, que incluso en el CCyC se prevé la posibilidad de su morigeración si la punición es irrazonable (art. 1715). Los casos en los que se han impuesto en el derecho anglosajón, revelan que no cualquier conducta es pasible de esta especial sanción, sino las más graves. Sin perjuicio, obviamente, de la indemnización —en sentido propio— de los daños ocasionados a las víctimas, lo que es harina de otro costal.

## § 120. Los daños punitivos en las relaciones de consumo

### *a) El texto del art. 52 bis de la ley 24.240*

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

La norma adolece de serias imperfecciones, y ha sido objeto de fundadas críticas, y aplicaciones discordantes por la jurisprudencia.

### *b) El* nomen juris

Se ha señalado que la denominación es impropia, ya que no se trata de punir o sancionar un *daño*, sino una *inconducta calificada por su particular gravedad* (PIZARRO/VALLESPINOS). La denominación *sanción pecuniaria disuasiva*, y que fuera sugerida por la querida y recordada Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, empleada en el proyecto del CCyC, es la que mejor revela su esencia.

*c) La conducta que justifica su imposición*

La norma hace referencia al proveedor que *"no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor"*, lo que literalmente significa que el *incumplimiento por causas imputable al proveedor que cause daños* (en el marco contractual), o la *violación de la norma causando daños* (en el marco extracontractual), *bastan* para hacer procedente la sanción. La solución de la ley es desafortunada, y no responde a la verdadera esencia de la figura, habiendo sido pasible de fundadas críticas, incluso de aquellos que sostienen la pertinencia de la figura. Aquí se trata de *otra cosa: castigar serias inconductas*. La mención a la "gravedad del hecho y otras circunstancias" como parámetro para fijar su monto, por sí misma no permite afirmar, de manera indiscutible, que se deba tratar de este tipo de actos. Es que el incumplimiento, por sí mismo, es una conducta *grave*, de mayor o menor entidad, según el caso. GALDÓS, por su parte, señala que lo que la norma indica debe entenderse como *culpa agravada*.

Somos de la opinión que la interpretación ha de ser restrictiva, en el sentido de que de no acreditarse el dolo o la culpa grave del proveedor, deberá tratarse de hechos objetivamente de *gravedad especial* por su contexto, sus repercusiones sociales, económicas, la afectación que haya producido, etc.

*d) Naturaleza de la sanción*

Se trata de la imposición de una multa *dineraria*, que se regirá, en consecuencia, por las normas generales de estas obligaciones (arts. 765 y ss. CCyC).

*e) Sólo procede a pedido de parte. Legitimado activo y destino de la sanción pecuniaria*

Sólo el consumidor *damnificado* puede solicitar su imposición. Por ende, no pueden ser impuestas de oficio. Además, el producido ingresa al patrimonio del consumidor. Esto último, en especial, ha sido objeto de críticas, y se advierte (no sin razón) que alienta la "industria del juicio". La solución del art. 1714 del proyecto es mucho más equilibrada: la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. O sea, a la víctima, al Estado, a una asociación de consumidores, a planes de fomento, educación para el consumo, etc. Y de manera exclusiva o no, según el caso lo amerite.

*f) Genera una obligación solidaria*

La norma es absolutamente desafortunada. Si se trata de más de un proveedor "responsable" del incumplimiento, va de suyo que la responsabilidad *indemnizatoria* es solidaria, en razón del art. 40 de la ley 24.240. Pero consagrar esta solución respecto de quienes no han obrado materialmente la conducta disvaliosa, es quebrar el principio de personalidad de la pena, máxime en un caso de extrema gravedad como el contemplado. Es que, se trata de una cuestión *sancionatoria*, más allá de que estemos ante una pena civil: las sanciones sólo se imponen a sus autores, sin perjuicio de que en otros casos pueda existir una función de *garantía* que pesa sobre ciertos sujetos (por ej., el fiador que debe la cláusula penal). Como lo dicen PIZARRO y VALLESPINOS, "la regla de la solidaridad está en pugna con la naturaleza y esencia misma de la figura".

*g) Es independiente de otras sanciones y el resarcimiento del daño, pero puede ser morigerada*

Lo primero se consagra en el art. 52 bis de la ley 24.240. Lo segundo, surge de los arts. 1714 y 1715 del CCyC, antes indicados.

*h) El monto de la sanción*

Se dispone en la norma que ésta no puede superar el monto de la sanción del art. 47 inc. b) de la ley 24.240; esto es, la suma de cinco millones de pesos. La norma, del año 2008 (reformada por ley 26.361), ha perdido actualidad en razón de la inflación *galopante* que se ha sucedido desde ese momento hasta el tiempo en que estas líneas se escriben. Por otra parte, aún el caso de ilícitos en los que el lucro indebido es desmesurado, la suma podría resultar exigua, y hasta "conveniente" de abonar en función de las ganancias que igualmente se obtendrían. Es evidente que la fórmula abierta del art. 1714 del Proyecto era la más conveniente.

*i) ¿Es asegurable?*

Nada se indica en la norma (tampoco en el Proyecto del CCyC), y somos partidarios de la *no asegurabilidad,* pues lo contrario atentaría contra la esencia misma de la figura.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

BESTANI, Adriana, "Acción preventiva y 'omisión precautoria' en el nuevo Código Civil y Comercial", RCCyC del 17/11/2015, p. 111; RCyS 2016-III-26.

CAFFERATTA, Néstor A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* del 17/11/2014, p. 273.

GALDÓS, Jorge M., "Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* del 17/11/2014, p. 137.

HERNÁNDEZ, Carlos A. - SOZZO, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011-2, p. 361 y ss.

LLAMAS POMBO, Eugenio, "La tutela inhibitoria del daño" (La otra manifestación del derecho de daños)", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 181.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

MAYO, Jorge A. - CROVI, Luis D., "Penas civiles y daños punitivos", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011-2, p. 9 y ss.

MONJO, Sebastián - ARGAÑARAZ, Mariangel, "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

MPOLÁS ANDREADIS, Alejandra, "Deber de prevención del daño y acción preventiva", DJ del 30/12/2015, p. 1.

PICASSO, Sebastián, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2015-IV-5.

PREVOT, Juan Manuel, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011-2, p. 21 y ss.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL del 11/5/2015, p. 1; LL 2015-C-726.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 19/12/2012, "M., B. S. y otros v. Estado Nacional y otros", LL del 31/12/2012, p. 11.

CSJN, 24/4/2012, "Vargas, Ricardo Marcelo v. Provincia de San Juan y otros s/daño ambiental", LL del 11/5/2012, p. 7.

CSJN, 8/7/2008, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)", La Ley Online.

CSJN, 24/2/2009 "Halabi, Ernesto v. PEN ley 25.873 dto. 1563/04", Fallos 332:111; LL 2009-B-259.

CNCiv., sala F, 5/12/1995, "Carrien, Miguel A. v. Coca Cola SA", JA 1997-III-195.

CNCom., sala C., 5/10/2001, "B. de M. v. Sevel Argentina SA y otros", LL 2002-A-861.

TSJ Córdoba, 15/4/2014, "Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano v. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG - Abreviado - otros".

C. 3ª Civ. y Com. Córdoba, 17/4/2012, "Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG - Abreviado - otros", RCyS 2012-V-160.

CS Tucumán, sala Civil y Penal, 6/12/2011, "Borquez, Juana Francisca v. Cía. de Teléfonos del Interior SA CTI Móvil s/ daños y perjuicios", LL 2012-C-468.

C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala II, 27/5/2009, "Machiandiariena Hernández v. Telefónica de Argentina", LL 2009-C-647.

SCBA, 6/11/2012, "Machiandiariena Hernández v. Telefónica de Argentina", LLBA 2012-1175.

C. Civ. y Com. Rosario, sala II, 29/7/2010, "Rueda Daniela v. Claro AMX Argentina SA", LL 2010-F-397.

C. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 1/11/2010, "Anglada Noemí A. y otro v. Bristolo Medicine SRL", RCyS 2011-III-203.

CAPÍTULO VIII

# FUNCIÓN RESARCITORIA. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN PLENA. SUS REGLAS Y LAS EXCEPCIONES

## I. FORMULACIÓN

### § 121. La norma legal. Antecedentes

En el art. 1740 del CCyC se dispone: "*Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable*".

Esta norma no registra antecedentes legislativos, pues el principio de reparación plena del daño, tal cual hoy es entendido, es producto de un fenómeno evolutivo lento y sostenido al compás de los cambios que fue experimentando la responsabilidad civil en el siglo pasado. No significa, por cierto, que no subyaciera, ya que —como lo indicaba magistralmente ORGAZ— en el Cód. Civil "el principio general que rige en esta materia es que el responsable debe resarcir todo el daño que ha causado con su acto ilícito... la indemnización no se mide por la culpa, sino por el daño... este principio, llamado de la reparación *integral* o *plena*, se halla implícitamente acogido por nuestra ley civil en diversas disposiciones (arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1082, 1109, etc.). Sería un grave error sin embargo, entender este principio de modo que obligue al responsable a resarcir todo el daño que ha ocasionado materialmente con su acto. No se trata de

la causalidad material sino, como es obvio, sólo de la jurídica", debiendo por ello resarcirse las consecuencias que se hallan en conexión causal adecuada con el acto. Concluye: "las demás no se imputan al responsable, aunque también respecto de ellas deba el acto considerarse una condición *sine qua non* de su producción: pero en razón de su anormalidad, se consideran simplemente casuales o fortuitas... en este punto se detiene la responsabilidad y ésta es, sin embargo, 'plena', porque, insistimos, la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material sino jurídica".

Tales son, indudablemente, las *bases* sobre las que se asienta el principio, sin perjuicio de lo cual caben algunas aclaraciones.

## § 122. La cuestión causal

Siempre subyacente, nos enfrentamos nuevamente a la *relación de causalidad*, pero ahora no para establecer la autoría en un suceso e imputarlo materialmente a un sujeto (en cuanto presupuesto de la responsabilidad - §42 y ss.); sino para determinar cuáles de las *consecuencias causales* de dicho suceso (en el caso, *dañosas*) deben ser *jurídicamente* atribuidas al sujeto a quien *previamente* se le imputó materialmente el hecho.

Se hace presente, nuevamente, la problemática que enfrenta a la *causalidad material* o *fenomenológica* con la *causalidad jurídica*. Un hecho puede traer aparejadas consecuencias de la más variada índole, sea de manera directa e inmediata, o actuando con *otros* sucesos en intrincada interacción para producir el resultado final. La "cadena" de sucesos puede llegar a ser infinita.

Es por ello que ante el conflicto de intereses jurídicos, el ordenamiento determina *que "consecuencias" del suceso son las que deben imputarse a su autor o responsable, y lo obliga a repararlas*. Es evidente —como se ha señalado— que no serán todas, sino aquéllas cuya reparación el ordenamiento considera razonable, en función de los diversos criterios que se adopten, y que responden —a su vez— a múltiples razones de tipo jurídico, político, económico, sociológico, moral, etc.

## § 123. Caracterización e importancia

### *a) Formulación*

Una persona sufre, injustamente, daños causados por un tercero, y su devenir existencial se *altera* de manera indebida. Ello *no debió*

*ocurrir*, pero ante la imposibilidad de volver el tiempo atrás, el ordenamiento acude en su auxilio asignándole el *derecho* de ser indemnizado o resarcido. Ello importa *volver las cosas al estado anterior*, esto es, *borrar* los efectos nocivos del acto dañoso. Y, en principio, ello debería comprender *todos* esos efectos perjudiciales. Por tal razón, se indica en el art. 1740 del CCyC que la reparación *plena "consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso"*.

En otras palabras, *no mejora* la situación de la víctima, sino que pretende colocarla en la situación *anterior* al suceso, *en la situación concreta en que se encontraba.*

### *b) Las limitantes propias o naturales del principio*

Pero existen *dos* restricciones que podríamos calificar como *propias*: en ciertos casos, no es posible volver las cosas, materialmente, al *mismo* estado en que se encontraban, y por ello entra a tallar la indemnización *en dinero;* y también en el caso en que la restitución *material* genere una situación abusiva o desproporcionada.

Pero, además, el ordenamiento *no manda a reparar todas y cada una de las consecuencias, sino que adopta criterios de causalidad jurídica para establecer hasta donde llega el derecho*. En el CCyC, *la regla general* es que se resarcen las consecuencias *inmediatas* y las *mediatas previsibles* (art. 1726 CCyC), salvo disposición legal en contrario.

Así, si la *reparación* se materializa en base a estos parámetros, debe considerarse *jurídicamente plena.*

### *c) El rol expansivo de la causalidad material*

De todas maneras, la *causalidad material* asume un protagonismo central, y es —en definitiva— la que ha provocado importantes cambios, *ensanchando* el abanico de consecuencias indemnizables. Ello se debe a que, en función de los cambios ideológicos que ha experimentado la responsabilidad civil, y ante la imperiosa necesidad de proteger a las víctimas de daños injustos, los tradicionales criterios fueron puestos en tela de juicio, y comenzó el cuestionamiento de la pertinencia o no de las soluciones generales, y también de las específicas. Lo *pleno*, en rigor de verdad, es lo *fenomenológicamente pleno*. El derecho, *necesariamente* debe limitarlo, y considera *pleno*

aquello que comprende en las consecuencias indemnizables. Pero de todas maneras, la materialidad subyacente, y la calificación jurídica de ciertas situaciones, llevan a conmover las normas, provocando la necesidad de adoptar soluciones que sean *justas* en función de las concretas circunstancias de personas, tiempo y lugar. La fuerza *traccionante* de la causalidad material, es la que ha permitido la *expansión* del principio de reparación plena. Un caso indudable es el de la *ampliación* de la legitimación para accionar por daño moral.

### *d) Las limitaciones específicas al principio. ¿Existe reparación "plena"?*

Como se dijo, en el art. 1726 del CCyC se dispone que salvo disposición legal en contrario, se resarcen las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, bajo las reglas de la *causalidad adecuada*. También cabe aquí incluir a las limitaciones *convencionales*, cuando ellas están permitidas por la ley.

Existen muchas normas, para casos puntuales, que *limitan* la responsabilidad a ciertas consecuencias, en comparación con el criterio general. Cabe preguntarse si, en estos casos, la reparación es *plena* o no lo es, desde el punto de vista jurídico; ya que, podría afirmarse, se trataría de que, si se resarcen dichas consecuencias (aunque menores en comparación con la regla general), la reparación sería "integral".

En nuestra opinión, y en función de la *manera* en que se encuentra plasmado el principio en el CCyC, en el art. 1740, la reparación debe considerarse *plena* sólo en el caso en que se encuentren alcanzadas las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, en función de la regla general del art. 1726.

*Toda restricción a dicha extensión de la responsabilidad, debe considerarse como una "limitación" al principio. Su validez o invalidez dependerá del caso en concreto, en función del conflicto de intereses jurídicos, y el necesario tamiz constitucional que debe ser atravesado.*

### *e) Rango constitucional del principio. Orden público*

El principio *alterum non laedere* tiene rango constitucional, como la Corte así lo ha señalado en reiterados pronunciamientos ("Santa Coloma", "Gunther", "Luján", y varios posteriores en el mismo sen-

tido). La reforma constitucional del año 1994 apuntaló, aún más, dicha solución, que tiene una *proyección* trascendental: *si no dar a otro constituye un principio constitucionalizado, necesariamente también lo es su principal consecuencia: el daño causado debe ser reparado, y de manera integral.*

Ello quedó plasmado en el caso "Aquino", del año 2004, en el cual la Corte (al declarar la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la ley de Riesgos del Trabajo 24.557, luego derogado por ley 26.773 de 2012), estableció que el *derecho a la reparación plena tiene carácter constitucional,* vulnerándose la dignidad de las personas mediante normas que limitan inadecuadamente las indemnizaciones.

La principal consecuencia, es que las *limitaciones legales* de responsabilidad (en comparación con la regla general), deben *superar* el test constitucional de la razonabilidad de las restricciones a los derechos constitucionales (art. 28, Cont. Nac.); y las *convencionales* no deben vulnerar el orden público imperante en la materia. También puede ser causa de modificación de soluciones legales que atenten en su contra, como por ej., la ausencia de asignación de un privilegio a los créditos resarcitorios, o los diferimientos en el pago que suelen establecerse a favor del Estado.

Es que, en definitiva, *el principio de reparación plena es de orden público, del que está impregnado la responsabilidad civil.*

En el art. 1709 del CCyC, para el caso de que concurran varias disposiciones en un mismo caso, lo primero que debe aplicarse son "las normas indisponibles de este Código y de la ley especial" (inc. a]). *Es que la prevención y la reparación de los daños no constituyen un problema meramente individual, sino de toda la sociedad, por las repercusiones de todo tipo (especialmente económicas) que se proyectan, casi de manera irremediable, fuera de la esfera de los intereses jurídicos de los inmediatamente interesados.* El Principio General de No Dañar (art. 1717 CCyC), la tutela de la Dignidad de la Persona Humana (art. 51), la fuerte potenciación de la Buena fe (art. 9° CCyC) y del Ejercicio Regular de los Derechos (art. 10 CCyC, imponiéndole al juez ordenar lo necesario para evitar el ejercicio abusivo de los derechos y la cesación de la situación jurídica abusiva), constituyen la base en la que se asienta el orden público en la responsabilidad civil; y que se encuentra plasmado de manera expresa en el art. 1743 del CCyC, donde se fulmina de nulidad las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad que contravienen —en definitiva— *el orden público.* En este marco, no dudamos en afirmar que: *el sistema de la Responsabilidad Civil Extracontractual es de orden público, y por ello imperativo, sin perjuicio de que adquiridos los derechos por los particulares éstos puedan eventualmente ser renunciados; en la Responsabilidad Civil por Incumplimiento Obligacional*

*conviven normas que son de orden público y otras que no, ámbito este último en el cual las partes pueden modificar las reglas supletorias existentes; además, hay normas procesales de orden público, cuya aplicación es imperativa para el juez* (PIZARRO/OSSOLA).

## II. LIMITACIONES LEGALES AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN PLENA

### § 124. La problemática

Si nos referimos a excepciones o limitaciones legales al principio enunciado, el indudable punto de comparación es el parámetro establecido para este último.

En el Cód. Civil la cuestión era dificultosa, pues existía una regla general para la responsabilidad contractual (se indemnizaban las consecuencias inmediatas, las mediatas y las casuales tenidas en mira por el autor del daño); en tanto que en la responsabilidad contractual las consecuencias indemnizables eran menos (las inmediatas, y las mediatas sólo en caso de incumplimiento doloso). ¿Cuál era entonces el baremo comparativo? Por lo general se apelaba a la *mayor* extensión del resarcimiento, esto es, a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

En el CCyC puede afirmarse —como ya se dijo— que la *indemnización plena* es la que se verifica cuando el resarcimiento alcanza a las consecuencias inmediatas ya las mediatas previsibles; y está consagrado en el art. 1726 del CCyC, que instituye ello como *regla*, dejando a salvo la posibilidad de que existan *excepciones*.

Pero no sólo se trata de la *extensión* del resarcimiento, sino de *todos los aspectos que hacen a la obligación resarcitoria*. Su naturaleza (de dar o de hacer, por lo general), su régimen jurídico, la mora (por lo general automática, salvo ciertas situaciones en las que el juez fije un plazo), el *modo de cumplimiento*, y tantas otras cuestiones, deben acontecer bajo las reglas generales que rigen la *dinámica* de la obligación. Si de alguna manera la ley *altera* los efectos naturales de dicha obligación (por ej., una ley de emergencia que *difiere* los pagos de indemnizaciones a cargo del Estado), nos encontramos también ante una limitación del principio de reparación plena.

En otras palabras: las limitaciones pueden ser *cuantitativas* o *cualitativas*.

## § 125. Su justificación y el problema de su constitucionalidad

Son múltiples las causas por las cuales el legislador consagra una limitación al principio de la reparación plena. Factores económicos; garantizar el pago en el menor tiempo posible; dificultades en su cuantificación que motiva tarifaciones; crear estándares comunes para una situación puntual; seguridad jurídica; la conducta del dañador, cuando ha obrado con *culpa;* la *equidad* en ciertas situaciones, etc.

La polémica es inacabada y, nuevamente, lo que subyace son las discusiones respecto a la *ideología* de la responsabilidad civil: cuál es su naturaleza, su rol, su función, los efectos económicos que produce la asignación de indemnizaciones, el determinar si es *justo* limitarla en ciertos casos, etc.

Estas limitaciones deben superar, como se dijo, el *test* de *constitucionalidad*, en el marco de la tensión *permanente* que existirá —esencialmente— entre el derecho a la reparación plena (de raigambre constitucional), y la regla que dispone que ningún derecho constitucional es absoluto, pudiendo existir restricciones *razonables* (art. 28, Const. Nac.).

Entendemos que *uno de los elementos de análisis ha mutado a partir del CCyC: la regla es, ahora, la del art. 1726, sin discusión alguna. En función de ella, deberá verificarse —ante el planteo que se efectúe al respecto— si la limitación, en concreto, es o no constitucional.*

## § 126. Los diversos casos

A continuación, efectuamos un sucinto repaso de los principales supuestos, que no podemos analizar en profundidad por razones de espacio.

### a) *Limitación a ciertos rubros indemnizatorios*

*(i) Expropiación.* En el art. 10 de la ley 21.499 se dispone: *"La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará*

*lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".*

*(ii) El "daño directo" al consumidor indemnizable en sede administrativa.* En el art. 40 bis de la ley 24.240, se dispone: *"El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo... Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales".*

*(iii) La responsabilidad del estado.* En el art. 5° de la ley 26.944 se dispone: *"La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas".*

### *b) Daños tarifados*

En tales casos, la ley derechamente *cuantifica* los daños, y ésta es la única indemnización que se concede.

*(i) La responsabilidad contractual. Remisión.* En el art. 1728 del CCyC se dispone: *"Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento"* (remitimos al § 143).

*(ii) Ley de Contrato de Trabajo.* Todas las indemnizaciones otorgadas al trabajador se encuentran tarifadas en la ley 20.744. Por ej., en el art. 245 se dispone: *"Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento*

*del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo".* En el art. 247 se establece: *"En los casos en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de esta ley".*

*(iii) Señal. "La entrega de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, excepto que las partes convengan la facultad de arrepentirse; en tal caso, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada"* (art. 1059 CCyC).

*(iv) Los intereses moratorios.* Constituyen también una indemnización *tarifada* del perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación de dar dinero, sin que a ello obste que si se demuestra un daño mayor, el acreedor pueda solicitar le sea indemnizado, o que puedan ser reducidos si son excesivos (art. 768 CCyC, *Obligaciones* § 151).

### c) Limitación de la garantía a ciertos bienes

*(i) Patrimonios de afectación.* Si una persona es titular de patrimonios *especiales* (v. *Obligaciones* § 441), la responsabilidad se limita a esos bienes exclusivamente (en algunos casos, a su valor), salvo que la ley establezca excepciones en donde la extiende, pero por otras razones. Es el caso del fideicomiso (art. 1687 CCyC), y el de la masa indivisa de los sucesores (arts. 2280 y 2317 CCyC)

*(ii) Sucesor particular de la posesión.* En materia posesoria, se dispone en el art. 1937 del CCyC: *"Transmisión de obligaciones al sucesor. El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal".*

### d) Limitaciones cuantitativas

*(i) Culpa del responsable.* En el art. 1742 del CCyC se dispone: *"Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si*

*es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable".*

*(ii) Daño involuntario.* Si bien el autor de daño involuntario es responsable *plenamente* por razones de equidad, para fijar la indemnización se aplica el art. 1742 del CCyC (art. 1750 CCyC).

*(iii) Franquicias en el seguro de transporte automotor de pasajeros.* Por res. 25.429/1997 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (luego modificada por res. 38.218 del 20/2/2014), se dispuso: *"Franquicia o Descubierto Obligatorio a Cargo del Asegurado. El Asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil ($ 40.000). Dicha franquicia o descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas".*

*(iv) Responsabilidad por el pago de las costas.* En el art. 730 del CCyC se replica el agregado al art. 505 del Cód. Civil por ley 24.432, en los siguientes términos: *"Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas".*

*(v) Morigeración en la acumulación del daño moratorio y el compensatorio. "Acumulabilidad del daño moratorio. El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva"* (art. 1747 CCyC).

### e) Diferimientos en el pago

*(i) Leyes de emergencia y otras normas vinculadas al Estado.* Las leyes de emergencia, además de consolidar las deudas y novarlas, disponen por lo general un *notable* diferimiento en el tiempo del pago. En Córdoba, existe una norma aún más grave: en el art. 68 de la ley 9086 se establece que *"en los casos de sentencias judiciales firmes en virtud de las cuales el Estado Provincial fuere obligado a pagar, el Juez de la causa no dispondrá el embargo de fondos del Tesoro sin requerir previamente el pago a la Fiscalía de Estado. Este órgano deberá responder al Juzgado dentro del término de treinta (30) días, informando la*

*forma y plazo en que se procederá a abonar la obligación requerida de acuerdo a las previsiones presupuestarias y a lo que disponga la Ley de Presupuesto".*

*(ii) Pago a mejor fortuna y pago con beneficio de competencia.* En estos casos (arts. 889 a 893 CCyC, § 315) la ley dispone un diferimiento en el pago hasta que acontezca la mejora de fortuna de los beneficiarios.

### *f) Topes máximos*

En múltiples leyes se disponen topes indemnizatorios, por encima de los cuales el sistema no reconoce valor jurídico a la obligación de resarcir (PIZARRO/VALLESPINOS), entre otras: Código Aeronáutico (arts. 155 y 183), Ley de Navegación 20.094 (art. 364), Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (ley 17.048).

## III. LIMITACIONES CONVENCIONALES AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN PLENA

(Las cláusulas limitativas de la responsabilidad).

### § 127. Noción

Son cláusulas de irresponsabilidad (total o parcial) aquellas de naturaleza contractual que excluyen o limitan anticipadamente la responsabilidad del deudor ante posibles incumplimientos prestacionales (PIZARRO/OSSOLA).

Constituyen una *renuncia a derecho futuros* (ZAVALA DE GONZÁLEZ), esto es, derechos "eventuales o condicionales", que sí pueden ser objeto de una renuncia (MACHADO), y de *interpretación estricta* (art. 948 CCyC) (PARELLADA).

La problemática relativa a la dispensa (o renuncia) anticipada de la responsabilidad obligacional (total o parcial) era tratada por lo común a la luz de los contratos por adhesión y de los contratos de consumo; desde que éste es el ámbito en el que el fenómeno se despliega con mayor intensidad. Sin embargo este posicionamiento frente al tema no es el adecuado, como bien lo advierte DÍEZ PICAZO, quien señala que el análisis debe "desvincularse de los problemas generales de la contratación por adhesión", desde que cuando tales cláusulas se encuentran insertas en los mismos, "deben quedar sometidas al mismo régimen que los contratos a los que se incorporan". Concluye, en opinión que compar-

timos, que debe ser considerado "de una manera objetiva, aislándolo del tipo contractual en el que se encuentran insertas".

La cuestión se circunscribe a la determinación de la posibilidad de limitar por acto voluntario (en forma total o parcial) la responsabilidad por incumplimiento obligacional, tanto respecto al cumplimiento específico (tutela satisfactiva del crédito) como a la responsabilidad por daños que se derivan de tal incumplimiento (tutela resarcitoria del crédito); en particular esta última.

No cabe confundir, pues, la responsabilidad en orden al cumplimiento específico y la responsabilidad por los daños que se derivan del incumplimiento. En las dos situaciones es posible, por actos voluntarios, limitar de alguna manera la responsabilidad del deudor, y muchas veces la cuestión se proyecta en ambas, en intrincada interacción.

Se trata, en definitiva, de actos voluntarios mediante los cuales el acreedor renuncia, de manera anticipada al incumplimiento, a algunos de los derechos emergentes de su situación jurídica, ya sea de la tutela Satisfactiva del Crédito, la Conservatoria, la Resolutoria o la Resarcitoria.

## § 128. Situaciones excluidas

Lo recién señalado deja fuera de consideración:

### *a) Renuncias posteriores*

Se trata de las eventuales *renuncias (o también transacciones)* que puedan otorgarse *una vez nacida* la obligación de reparar el daño causado.

En esto último no interesa que la responsabilidad sea obligacional o extracontractual, ya que en ambos casos cabe la posibilidad de renunciar total o parcialmente, tanto al crédito mismo, como a ciertos derechos o facultades que integran el haz de poderes jurídicos del acreedor, siempre y cuando no se trate de derechos irrenunciables por estar en juego —pese a haber sido adquiridos— el orden público (arts. 944 y 1644 CCyC). La cuestión se rige por las reglas generales de toda renuncia y también de las transacciones, que es lo que generalmente ocurre.

### *b) Las limitaciones legales*

Son los supuestos en los que es *la propia ley la que establece limitaciones en la responsabilidad* o su exclusión.

### *c) Algunas situaciones contractuales*

Son los casos en los que, fruto de un contrato, "uno de los sujetos obtiene que una obligación no forme parte del cuadro de sus conductas debidas", hipótesis en la cual "obviamente no debe su cumplimiento, pues al no haber asumido compromiso alguno, nada debe" (R. STIGLITZ/G. STIGLITZ).

Si bien cabe *distinguir* las *cláusulas de exoneración de la responsabilidad* de las *cláusulas que limitan el objeto del contrato*, en muchos casos la diferencia puede resultar sutil y difícil de establecer. Por ej., en el caso de una cláusula que limite el riesgo asegurado, respecto de la cual, sin embargo, la especificación del objeto podría traducirse sustancialmente, en una exoneración de responsabilidad (BIANCA).

Se trata de dos conceptos ontológicamente diversos, pero su identificación radica, fundamentalmente en el ámbito del seguro contra la responsabilidad civil, en que por lo común ambos supuestos suelen ser designados como "cláusulas" de limitación de la responsabilidad, o de exclusión de la cobertura, lo cual hace ingresar las cosas a una zona gris, que a veces resulta dificultosa de esclarecer. Un cosa es pactar (en el ámbito del seguro, o de la medicina prepaga, por ej.) cuáles son los riesgos cubiertos, en donde se delimita cuáles serán las obligaciones a cargo del asegurador o de la empresa de medicina prepaga y otra, sutilmente diferente, es establecer *ya en el ámbito de los riesgos cubiertos,* algunas limitaciones o condiciones para hacer efectiva dicha responsabilidad.

En el primer caso, la sola circunstancia de que ciertas contingencias no integren el plan prestacional no puede ser considerada como una típica cláusula de limitación de la responsabilidad, en tanto y en cuanto ello no se encuentre vedado por el ordenamiento. En tal caso, el análisis debe transitar por otros carriles: establecer si esa obligación debe o no integrar el contrato, en función de su naturaleza, la legislación vigente, y la existencia o no de conducta abusiva o de mala fe de alguna de las partes.

En el segundo supuesto, esto es, cuando la *responsabilidad* en la obligación *que integra* el contrato se encuentra limitada, el examen del problema deberá efectuarse a la luz de los principios y reglas que rigen las cláusulas limitativas de la responsabilidad, como ocurre —por citar sólo un ejemplo— respecto a la cláusula *claimsmade* en los contratos de seguro, u otras cláusulas que puedan importar una renuncia, cuya interpretación deberá ser restrictiva.

## § 129. Las normas del Cód. Civil y Comercial

En el Cód. Civil, la única norma que regulaba la temática de las cláusulas de irresponsabilidad era el art. 507, que disponía la prohibición de la dispensa anticipada del dolo. Ello, por cierto, sin perjuicio

de algunas disposiciones establecidas para supuestos específicos, como por ej., al art. 1646 que disponía la invalidez de la cláusula de dispensa por ruina total o parcial.

Un avance cualitativo trascendente fue el art. 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor en donde para *todo* contrato de consumo se estableció que se tendrán por "no convenidas" las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad por daños, y las que importen restricción o renuncia de los derechos del consumidor o amplíen las de la otra parte. La vocación expansiva del estatuto del consumidor permitió una creciente y saludable aplicación de la figura.

En el CCyC se ha producido un cambio notable y sumamente positivo. Varias de sus normas, desde diversos ángulos, tratan el problema; y de su lectura conjunta *puede concluirse que lo excepcional es la validez de estas cláusulas de eximición anticipada de la responsabilidad por incumplimiento.*

### a) Normas generales

En primer término, existen normas de tipo *general*, que constituyen las bases fundantes de la cuestión:

*(i) Orden público. Fraude a la ley.* "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*" (art. 12 CCyC).

*(ii) Objeto de los actos jurídicos.* "*El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea*" (art. 279 CCyC).

*(iii) Distinción entre nulidad absoluta y relativa.* "*Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas*" (art. 386 CCyC).

*(iv) Libertad de contratación.* "Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958 CCyC).

*(v) Efecto vinculante. "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé"* (art. 959 CCyC).

*(vi) Facultades de los jueces. "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público"* (art. 960 CCyC).

*(vii) Prelación normativa en materia contractual. "Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código"* (art. 963 CCyC).

*(viii) Integración del contrato. "El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;..."*, además de las supletorias y los usos y prácticas del lugar de celebración, en las condiciones que establece la norma (art. 964 CCyC).

*(ix) Objeto prohibido en los contratos. "No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los arts. 17 y 56"* (art. 1004 CCyC).

*(x) Causa ilícita en los contratos. "El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido"* (art. 1014 CCyC).

### *b) Normas relativas a la dispensa anticipada de responsabilidad*

Éstas se proyectan a *todos* los casos, exista o no una previsión específica:

*(i) Contratos por adhesión.* En este ámbito, son cláusulas abusivas y se deben tener por no escritas (art. 988 CCyC): "a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles".

*(ii) Contratos de consumo.* Lo propio sucede en los contratos de consumo, por la remisión al art. 988 del CCyC que se efectúa en el art. 1117 del CCyC. Es de advertir las similitudes entre el art. 988 y el art. 37 de la ley 24.240.

*(iii) La regla general del art. 1743.* En el art. 1743 del CCyC se establece una *regla general* para la dispensa de la *obligación de indemnizar*, sin distinción alguna de la fuente de la obligación: *"Dispensa anticipada de la responsabilidad. 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 deudor o de las personas por las cuales debe responder".*

### c) Normas específicas

Por último, existen algunas normas puntuales en las que se dispone respecto a la dispensa anticipada de la responsabilidad, entre otras:

*(i) Leasing.* "El dador puede liberarse convencionalmente de las responsabilidades de entrega y de la obligación de saneamiento" (art. 1232 CCyC).

*(ii) Contrato de obras.* "Toda cláusula que dispensa o limita la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita" (art. 1276 CCyC).

*(iii) Contrato de transporte. "Las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas"* (art. 1292 CCyC); y *"Los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del art. 1310"* (art. 1313 CCyC).

*(iv) Responsabilidad del hotelero.* "Excepto lo dispuesto en los arts. 1372 y 1373, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita" (art. 1374 CCyC).

*(v) Fideicomiso.* "El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos" (art. 1676 CCyC).

### d) La cuestión de la asunción de riesgos

Esta figura (art. 1719 CCyC - § 39) *per se* no constituye una eximente de responsabilidad, salvo que reúna los requisitos del hecho de

la víctima, queda terminada la discusión relativa a si importaba o no una cláusula de eximición anticipada de la responsabilidad.

## § 130. Situaciones en las que siempre está vedada la renuncia anticipada de la responsabilidad

Se trata de diversas figuras o situaciones que, si bien constituyen conceptos que pueden ser considerados por separado, tienen múltiples conexiones, y se influencian de manera recíproca, en constante interacción. En no pocas oportunidades, incluso, estaremos ante diversas manifestaciones de un mismo fenómeno, que según la mirada del intérprete o la posición que se asuma, podrán o no constituir categorías diferenciadas.

### *a) Dispensa anticipada del dolo*

Si bien en el art. 1743 del CCyC la nulidad de la cláusula lo es sólo respecto de los daños causados dolosamente por el deudor y de personas por las que debe responder (art. 732 CCyC), entendemos que *todo* dolo del deudor no puede ser dispensado de manera anticipada.

La prohibición tiene un claro fundamento: admitirla implicaría "dejar en la sola mano del deudor, que se cumpla o no la prestación, con lo que se afectaría la propia noción del vínculo obligatorio que... por definición, impone la necesidad del cumplimiento"; se trataría de "una obligación no obligatoria, vale decir un absurdo" (CASEAUX). Ello presenta una situación rayana con la exclusión de la ley aplicable, del art. 13 del CCyC.

### *b) La violación del Principio de Buena Fe*

El derecho protege a quienes actúan con lealtad, probidad, y honestidad. No avala las conductas deshonestas, carentes de rectitud e integridad, lesivas hacia los derechos de los demás. No sólo se trata de un principio general, emplazado en el art. 9° del CCyC, sino también de manera específica en el art. 729 del CCyC, para las obligaciones. Elementales razones de decencia dan sustento ético a dicha plataforma jurídica.

En este marco, no cabe dudar que una dispensa anticipada de la responsabilidad por incumplimiento obligacional producto de la violación del principio de buena fe no puede ser tolerada por el or-

denamiento jurídico. Por ende, será inválida (BUSTAMANTE ALSINA). Es que la buena fe está impregnada de orden público, pues "no pertenece al derecho dispositivo sino al *orden coactivo*", siendo "indudable que la derogación de los deberes de buena fe por medio de un contrato —de manera directa o indirecta— contradice el sentido y fin del orden jurídico" (REZZÓNICO).

### *c) El abuso del derecho*

Cuando la renuncia que nos ocupa es otorgada mediando abuso del derecho de la otra parte, no cabe dudar que el orden público se encuentra presente, con idéntico efecto al antes señalado. CARRANZA señala acertadamente que la prohibición del ejercicio irregular de los derechos "veda la desviación del derecho del destino normal para el cual ha sido creado, y que puede tener sentido económico o social, prevalentemente". Tan es así que no solamente la figura ahora también está emplazada como principio general en el art. 10 del CCyC, sino que además en su segundo párrafo se impone al juez intervenir *de oficio* para evitar los efectos del acto abusivo, o la situación jurídica abusiva.

### *d) La desnaturalización del contrato*

Figura expresamente contemplada en el art. 37 inc. a) de la ley 24.240, ahora ha sido incorporada en el art. 988 del CCyC, en los contratos por adhesión.

Por su importancia, cabe considerarla como uno de los *límites comunes* a toda cláusula de dispensa de la responsabilidad por incumplimiento obligacional (MOSSET ITURRASPE/KEMELMAJER DE CARLUCCI, BUSTAMANTE ALSINA).

Se trata de un abandono al modelo de razonabilidad del contrato, sin un motivo justificado, que "desnaturaliza lo natural, lo normal", y que es entendido "en el sentido de apartamiento injustificado del Derecho dispositivo, situación que le brinda al intérprete un marco de discrecionalidad importante para determinar la existencia de una cláusula abusiva, toda vez que debe constituirse con anterioridad una noción acerca del modelo esperable o razonable para el caso, tarea que siempre tendrá una considerable carga de subjetividad, rigiendo en cualquier caso los principios generales del derecho" (LORENZETTI).

Generalmente la desnaturalización es producto del actuar de mala fe, o con abuso del derecho, por una de las partes; pero aún en el caso excepcional de que esto último no existiera, podría considerarse como *criterio objetivo* la figura apuntada, desde que ataca uno de los pilares básicos del contrato: el *sinalagma* contractual. En efecto, "tanto en el sinalagma genético como en el funcional y, de igual manera, en el condicional, se evidencia un mecanismo de justicia. Que una de las partes no quede obligada cuando no lo está la contraria, que la relación de interdependencia perdure todo el tiempo que dura la relación obligatoria, y que una de las partes no quede obligada cuando la contraprestación se ha frustrado, son rasgos propios de la *sinalagmaticidad,* pero que responden a las idean fundantes de los principios antes enunciados" (REZZÓNICO).

## § 131. Los contratos por adhesión y las relaciones de consumo

Tratándose de contratos de consumo las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad, cualquiera sea su naturaleza, son inválidas (arg. arts. 988 y 1117 CCyC, art. 37, ley 24.240).

La solución es, en principio, similar en los contratos por adhesión a condiciones generales que no sean de consumo. Sin embargo, cabe aquí una excepción: la cláusula limitativa de la responsabilidad puede ser válida si no importa dispensa anticipada de una conducta dolosa, o de culpa grave, o una desnaturalización del vínculo obligatorio, y el adherente obtiene, como contrapartida, un razonable beneficio económico o de otra índole.

## § 132. Dispensa de la culpa. La cuestión de la culpa grave

En el régimen anterior había consenso generalizado en el sentido de que la culpa podía, en principio, ser dispensada anticipadamente. Los criterios variaban, sin embargo, en la mayor o menor amplitud que se asignaba a esa dispensa.

Para algunos podía dispensarse anticipadamente *toda* culpa, pues el código no contenía prohibición alguna al respecto. Otros en cambio, en posición que nosotros compartimos, consideraban que la ley prohibía la dispensa anticipada de la culpa grave, ponderada en concreto, la cual debía ser asimilada y equiparada al dolo.

En el CCyC la culpa grave está expresamente contemplada sólo en los arts. 1771 (acusación calumniosa) y 1819 y 1867 (titularidad de los títulos valores), aunque no dudamos en afirmar que —pese a que no se menciona en el art. 1724 —ella existe como categoría espe-

cífica y puede ser predicada en cualquier supuesto en el cual el factor de atribución sea subjetivo (§ 73).

Creemos que la dispensa anticipada de la culpa grave, inserta cualquier tipo de contrato, paritario, por adhesión a condiciones generales o, con mayor razón, de consumo, es nula (arg. arts. 988 y 1743 CCyC, y art. 40, ley 24.240), al igual que en el dolo.

La solución se justifica pues una cláusula de esa naturaleza atenta contra la buena fe y las buenas costumbres. Más todavía: contra la noción misma de obligación, pues en los hechos termina dejando la decisión de cumplir o no cumplir con la obligación a la exclusiva voluntad del deudor, lo cual luce contrario a la esencia misma del vínculo obligacional. Admitir la validez de la cláusula de irresponsabilidad por culpa grave permitiría alcanzar fácilmente el fraude a la ley, porque las fronteras entre el dolo (cuya dispensa anticipada está prohibida) y la culpa grave en la mayoría de los casos son difusas.

Por todo lo expuesto consideramos que la dispensa total o parcial de la culpa grave es inválida, ya que en los hechos el deudor se libera de cumplir absolutamente (ALTERINI), lo que atenta substancialmente contra el bien común y es revelador de una disparidad de la situación de las partes que no resulta tolerable (LLAMBÍAS).

En resumidas cuentas: a la dispensa de la *culpa grave* le son aplicables las mismas consideraciones que a la dispensa del *dolo,* en el sentido de que admitirse la misma importaría poner en jaque el concepto mismo de *obligación,* golpeando sus cimientos (R. STIGLITZ/G. STIGLITZ), desnaturalizándola; y consagrando una violación al principio de buena fe.

Tampoco la culpa no grave puede ser objeto de dispensa cuando ello importe un proceder contrario a la buena fe, o a normas imperativas (cuestión que se rige por los principios generales, con prescindencia del ámbito en que se despliegue la cláusula), o cuando altere el correcto equilibrio de las prestaciones de las partes (MOSSET ITURRASPE). Mucho menos cuando la referida dispensa pueda afectar la persona del acreedor, cuestión que tiene especial importancia en ciertas prestaciones médicas.

La solución propiciada deviene más absoluta tratándose de contratos de consumo, ámbito en el cual la referida dispensa resulta alcanzada por la previsión normativa del art. 37, ley 24.240.

### § 133. La cláusula penal ínfima

Cuando la cláusula penal es *ab initio* ínfima o irrisoria, es evidente que "en sus resultados prácticos... se llega en definitiva a una

limitación de la responsabilidad; por eso, la cláusula penal será válida en la medida en que lo sea ésta" (KEMELMAJER DE CARLUCCI).

La determinación de esta calidad (de ínfima o *irrisoria*) demandará en algunos casos los mayores esfuerzos, pues debe tenerse presente que la sola circunstancia de que una cláusula penal sea menor al daño efectivo sufrido por el incumplimiento (aunque en una importante proporción), no autoriza a considerarla automáticamente de tal manera.

Se trata, en definitiva, de los *riesgos* que las partes asumen (en nuestro caso, el acreedor) en orden a que el daño pueda ser mayor al que luego se deba resarcir vía la cláusula penal, lo que queda compensado por las indudables ventajas que la misma reporta para el acreedor. A ello agregamos nosotros que difícilmente una cláusula penal irrisoria, cuando se haya determinado que es tal, pueda ser considerada como una *válida* cláusula de dispensa de la responsabilidad. En tal caso, la indemnización necesariamente deberá ajustarse a la realidad de las cosas, y ser superior a la pena prevista. Es que en la generalidad de los casos habrá sido producto del abuso del derecho del deudor, o bien de la violación del principio de la buena Fe.

No es difícil colegir que en los hechos (y sin perjuicio de lo anterior), una situación de este tipo importa una velada dispensa del dolo, ya que en definitiva el deudor no responderá por su incumplimiento. Es que "son meras cláusulas limitativas de responsabilidad encubiertas, y como tales deben ser tratadas. El deudor no puede prevalerse de ellas para limitar su responsabilidad, pues una solución semejante importaría legitimar el *fraude a la ley:* aquello que no puede lograrse a través de una cláusula limitativa de la responsabilidad podría obtenerse mediante el subterfugio de una ínfima cláusula penal, que tiene de tal solamente su nombre, ya que no cumple función resarcitoria o compulsiva alguna" (PIZARRO/VALLESPINOS).

## § 134. La dispensa de los factores objetivos de atribución

¿Puede eximirse el deudor anticipadamente de responsabilidad cuando media un factor objetivo de atribución?

En nuestra opinión, la respuesta negativa se impone. Una solución contraria importaría admitir una eximición de toda responsabilidad, que desnaturaliza a la obligación misma, en situación asimilable a la dispensa del dolo.

¿Es admisible un pacto en el que, ante un claro supuesto de responsabilidad *objetiva,* las partes establecieran que se responderá sólo si hay dolo o culpa? *¿Puede renunciarse* la responsabilidad objetiva dispuesta en la ley, trocándola en *subjetiva*?

Tratándose de contratos paritarios, en principio, la respuesta debería ser afirmativa. La economía del contrato puede verse favorecida a través de un acuerdo de esa naturaleza. Tan ello es así que en algunos casos, la ley lo prevé expresamente.

En el art. 1310 del CCyC, en el transporte de cosas, que establece: "Responsabilidad por culpa. Si se trata de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que sólo responde si se prueba su culpa. Esta convención no puede estar incluida en una cláusula general predispuesta".

Lógicamente la cláusula no es válida cuando ella pueda afectar la persona del acreedor, cuestión que tiene especial importancia en ciertas prestaciones médicas de resultado.

En los contratos por adhesión a condiciones generales que no sean de consumo, la cláusula en principio puede ser considerada válida si el adherente obtiene una razonable contraprestación a cambio de esa mutación de régimen. En caso contrario, no. Tratándose de contratos de consumo dicha cláusula es nula, por importar un evidente supuesto de desnaturalización del vínculo obligatorio en perjuicio de la parte más débil (art. 37, ley 24.240).

## § 135. Limitación convencional del quántum indemnizatorio. La cláusula penal

En principio no encontramos objeción válida para negar la viabilidad de una cláusula de eximición de este tenor, salvo que vulnere el art. 1743 del CCyC. Esta cuestión transita por los confines con *la cláusula penal*, desde que importa —desde esta óptica— prefijar daños y perjuicios.

En cierta manera, la cláusula penal importa una suerte de *renuncia* a solicitar una indemnización mayor a la pactada, para el caso en que el daño derivado del incumplimiento sea mayor al establecido en la misma. El efecto surge de la ley motivo por el cual deberá analizarse si se está o no en presencia de esta figura, pero siempre con los límites "generales" de ella.

## § 136. La dispensa en la reparación de ciertos daños resarcibles

¿Es posible establecer supuestos de dispensa de la responsabilidad cuando el daño resarcible (patrimonial o moral) se *deriva* de la

lesión a los bienes jurídicos más valiosos, esto es, a los denominados *daños a las personas?*

No dudamos (siempre que se verifiquen las restantes condiciones) de la procedencia de una limitación de responsabilidad en orden a la causación de daño patrimonial derivado de la lesión a bienes que integran el patrimonio de una persona.

La cuestión adquiere algunos matices particulares en orden al daño extrapatrimonial o moral consecuencia del daño (en sentido amplio) al patrimonio; y también respecto al daño patrimonial o moral producto del detrimento causado a la persona considerada en sí misma, esto es, a los *derechos personalísimos.*

En el primer caso, y si bien el daño extrapatrimonial o moral es una modificación disvaliosa en el espíritu de la persona, consideramos que como regla cabe admitir la dispensa de la responsabilidad. Se trata aquí de resarcir un daño derivado de la lesión "de intereses no patrimoniales, de afección, vinculados a bienes patrimoniales, cuya minoración (por destrucción, pérdida o deterioro) puede general un detrimento espiritual a su titular" (PIZARRO).

Sin embargo, la cuestión no es similar cuando el daño (patrimonial o moral) es producto del menoscabo de intereses de contenido extrapatrimonial, esto es, de los *derechos personalísimos,* tales como la vida, el honor, la intimidad, la integridad física, la salud, la identidad personal, etc.

Debe tenerse presente el *mayor valor* que el ordenamiento le otorga a estos derechos (en comparación con los de contenido patrimonial), producto ello de una adecuada visión del problema que coloca al *hombre* como eje y centro de la protección que brinda el Derecho, lo cual recientemente ha sido potenciado —en nuestro ordenamiento— con la reforma constitucional del año 1994, mediante la incorporación de los diversos Tratados y Convenciones Internacionales indicados en el art. 75 inc. 22, y de manera explícita en los arts. 51 y 279 del CCyC.

Sobre tales bases, entendemos que una cláusula de dicho tenor es en principio inválida, desde que sin lugar a dudas atenta contra la protección *prevalente* de que en la actualidad goza la persona humana, *desnaturalizando* la obligación y el acto jurídico en el que reposa (por ej., en el caso de la responsabilidad de los establecimientos educativos).

## § 137. Un caso especial: las responsabilidades profesionales

En materia de responsabilidad de los profesionales, cuestión que se encuentra expresamente *excluida* de la ley 24.240, rigen también los principios generales. Por tales razones las cláusulas de dispensa serían válidas como regla, pero con fuertes limitaciones, en particular las que derivan de la contratación predispuesta, y la situación de *debilidad negocial* del cliente (A. ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA).

Sin embargo existen ámbitos donde dicha dispensa se limita aún más. Así, "en el ámbito de la medicina, tal vez como en pocos, se encuentra cercenada sensiblemente la autonomía privada", encontrándose indiscutiblemente implicado el orden público, motivo por el cual —se ha dicho— las cláusulas son prácticamente impensables, teniendo "un campo estrechísimo, pues la labor de dichos profesionales es de orden público" (BUERES).

En nuestra opinión, la prohibición de dispensa es *absoluta*, precisamente por el orden público existente en la materia, y por tratarse de daños derivados de la lesión de derechos personalísimos (MAZEAUD/CHABAS).

## § 138. Reflexión final: la excepcionalidad de las cláusulas de dispensa

Como bien señala VINEY "las excepciones al principio de validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el campo contractual son hoy cada vez más numerosas".

La expansión del concepto de *orden público* y sus múltiples manifestaciones han llevado el problema a un punto tal que son pocos los resquicios que le quedan a la autonomía de la voluntad para manifestarse, en un contexto cambiante en materia de responsabilidad y donde la protección de la víctima de los daños y la prevención constituyen tendencias que han modificado los postulados básicos de la autonomía de la voluntad (DODDI).

En los contratos por adhesión y en los de consumo la regla es absoluta; la doctrina del abuso del derecho y el principio de buena fe (claras manifestaciones del orden público) constituyen herramientas interpretativas que, en el derecho común, poco espacio dejan para la vigencia de este tipo de cláusulas.

Es importante advertir que, en aquellos ámbitos en los que *en principio* las cláusulas son válidas, su análisis impone considerar el problema desde múltiples perspectivas, tantas como tiene el fenómeno mismo del cumplimiento y el incumplimiento, y el de la responsabilidad por daños.

La tendencia es a acrecentar la limitación, lo cual en los hechos deja sólo un pequeño resquicio en los contratos paritarios, o ante expresas permisiones legales, y siempre que se trate de daños patrimoniales derivados de la lesión de intereses de tipo patrimonial, que en definitiva, constituye el único caso tangible en el que la dispensa es válida.

Todo parece indicar que *en realidad el principio es el inverso al tradicionalmente postulado: las cláusulas limitativas de la responsabilidad no son válidas, salvo excepciones.* Vale aquí tener presente que si bien por regla *todos los derechos son renunciables* (art. 944 CCyC), existen parcelas del ordenamiento en las que *ello se invierte*: los derechos del Trabajador, los derechos de la Seguridad Social, los derechos del Consumidor.

Ha llegado la hora —máxime en función de la nueva normativa del CCyC— de plantearse si cabe agregar en este catálogo la dispensa *anticipada* de la responsabilidad civil, aunque con la consagración de las pocas excepciones que en los hechos se presentan, y que se justifican en cuanto tales.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

## IV. EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO. LA REGLA GENERAL

### § 139. Introducción

En el art. 1726 del CCyC se dispone, como regla, la indemnización de las consecuencias *inmediatas* y *mediatas previsibles*, consideradas bajo los postulados de la causalidad adecuada, salvo disposición legal en contrario.

Pero existen, además, varias normas que consagran soluciones particulares, aunque con vocación de generalidad para su ámbito específico (por ej., en materia de incumplimiento contractual, el art. 1728 del CCyC); y también algunas que estatuyen *presunciones de daño* (*iuris tantum* o *iure et de iure*) que pueden ser considerados consecuencias inmediatas o mediatas, según el caso, y que ya se encuentran preestablecidas por el ordenamiento.

## § 140. Las "consecuencias"

### *a) Concepto*

Son los *efectos causales* del hecho dañoso, que importan una *minoración* disvaliosa en el patrimonio o en el espíritu de aquél a quien se le ha lesionado un derecho propio o un interés no reprobado por el ordenamiento. Cuando el ordenamiento dispone su reparación a favor de la víctima, se trata del *daño resarcible* (§ 87.b).

### *b) No toda consecuencia es resarcible*

Como se dijo, el ordenamiento escoge qué consecuencias son las que se resarcen. A medida que la cadena causal "se aleja", disminuye la responsabilidad, en razón de que, si bien (bajo las reglas de la equivalencia de las condiciones) pueda atribuirse contribución causal al hecho respecto a dichas consecuencias más lejanas, *otros* factores causales se incorporan para la producción del resultado final. Como se indica en el art. 1726 del CCyC, la cuestión, en general, se rige por las reglas de la *causalidad adecuada* (§ 55 y ss.), ahora puesta la mirada no en el origen del hecho dañoso, sino en sus derivaciones.

### *c) Los tipos de consecuencias*

A la luz de dichos criterios, se replica en el CCyC el sistema adoptado en el Cód. Civil. En el art. 1727 del CCyC se distinguen *tres* tipos de consecuencias:

*(i) Inmediatas.* Se dispone que *"Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código 'consecuencias inmediatas'"*. Se trata de las consecuencias "máximamente previsibles" (ZAVALA DE GONZÁLEZ), siempre bajo el criterio de la *previsibilidad objetiva*, propio de la relación causal adecuada. Es una cuestión de *idoneidad* del hecho, en relación a la consecuencia, en donde aquél es *causa* directa del detrimento. Así, si una persona dispara su arma sobre otra y la causa lesiones, el *daño moral* producido es una consecuencia inmediata.

*(ii) Mediatas "previsibles"*. Las restantes consecuencias, *siempre* reconocen *dos o más antecedentes causales* (que se acrecientan a medida que la cadena causal es más lejana).

Se dispone en la norma: *"Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se*

*llaman 'consecuencias mediatas'. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman 'consecuencias casuales'".*

Las consecuencias *mediatas previsibles* son aquellas que suponen "la conexión entre un hecho imputable a la demandada y otro previsible que se enlaza con aquél" (ZAVALA DE GONZÁLEZ). La clave, pues, está en la *previsibilidad del otro suceso* (siempre bajo las reglas de la causalidad adecuada). Por ello, "para que una consecuencia mediata sea previsible y por ende imputable, basta que medie una *verosímil y genérica posibilidad de previsión*, aunque ella sea ajena a la *potencialidad subjetiva del agente*, disminuido por falencias de personalidad (nerviosismo, depresión, torpeza) o por factores circunstanciales (tratamientos farmacológicos que disminuyen las facultades intelectuales" (ZAVALA DE GONZÁLEZ). Donde ello es más patente, es en el caso del *daño involuntario.*

Por ej., el contagio a un paciente de una infección intrahospitalaria en un centro de salud, que revela, por un lado, la omisión de dicho centro de salud en adoptar las medidas de seguridad pertinentes, y la contribución causal del mismo paciente.

*(iii) Casuales.* Son las mediatas "que no pueden preverse", como reza la norma. Por ej., si una persona golpea levemente a otra en el brazo y le quiebra un hueso, porque la víctima adolecía de la patología "huesos de cristal".

*(iv)* Quid *de las consecuencias "remotas".* Se ha eliminado esta categoría, contemplada en el art. 906 del Cód. Civil (t.o. ley 17.711), en el que se disponía que *en ningún* caso eran imputables al autor del hecho. En rigor de verdad, no han desaparecido del CCyC, pero su regulación es innecesaria: se trata de consecuencias tan lejanas en la cadena causal, que, pese a la conexión material con el hecho, nunca podrán serle *jurídicamente* imputables a su autor, bajo las reglas de la causalidad adecuada. Por ej., un hombre asesina a un músico famoso, y un *fan* sufre una fuerte depresión.

## § 141. Reglas generales de imputación de las consecuencias

### *a) Se imputan al autor del hecho las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*

Ello surge, como ya se ha indicado, del art. 1726 del CCyC.

*b) Caso de dolo del dañador*

Las reglas de imputación de consecuencias reposan sobre la *previsibilidad objetiva* del resultado de las acciones. ¿Cuál es la solución para el supuesto en que el autor del hecho haya obrado con pleno conocimiento, o con la intención directa de causar un daño que debería ser calificado como una consecuencia *casual* o incluso *remota*? En el ejemplo recién brindado, quien golpea a la persona *conoce* la patología y el eventual resultado de su acción "objetivamente imprevisible", y sin embargo, obra y causa el daño.

Dos son las respuestas, aunque la resultante siempre es la misma: algunos consideran que se trata de consecuencias que devienen en mediatas, por haber sido previstas; para otros, no dejan de ser casuales, pero se imputan al autor por haberlas conocido.

Entendemos que aquí la causalidad adecuada *cede* a favor de la previsibilidad *en concreto*. Y que la respuesta está en el art. 1725 del CCyC, cuando establece que 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*.

No se trata de que la consecuencia lejana se "convierte" en inmediata, aunque la intención del agente dañoso esté direccionada directamente a la causación del daño. Objetivamente, siempre será imprevisible. Pero el ordenamiento reacciona, adecuadamente y con justicia, atribuyendo a quien obró las consecuencias que *quiso lograr* con su actuación.

## V. EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO (CONT.). LAS REGLAS ESPECIALES EN CIERTOS ÁMBITOS

### § 142. Aclaración

Como se indicara previamente, nos encontramos ahora ante situaciones que, o bien tienen reglas específicas aplicables a un universo de casos, o disponen sobre *qué daños* se resarcen, en algunos casos presumiéndolos.

## § 143. Extensión del resarcimiento en la responsabilidad contractual

### *a) La norma legal*

Se dispone en el art. 1728 del CCyC: *"Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento".*

### *b) Ámbito de aplicación*

Hemos señalado que una de las órbitas de la responsabilidad civil es la derivada del *incumplimiento obligacional en general* (§ 15); y que *dentro de ésta*, cabe a su vez distinguir entre el incumplimiento de las obligaciones, y el de las obligaciones *de fuente contractual*. Es, especialmente, debido a lo resuelto en el art. 1728 del CCyC, que *sólo* se aplica para dichas obligaciones, en razón de su particular génesis: el *acuerdo* de las partes.

### *c) Los antecedentes del Cód. Civil*

La *diferente* extensión del resarcimiento en este ámbito, en comparación con la responsabilidad extracontractual, ya existía en el Cód. Civil para las obligaciones *no dinerarias* (arts. 520 y 521), e importaba una extensión *menor*. La norma fue duramente criticada, en especial al desarrollarse el *nuevo* derecho de daños, en particular por su aparente colisión con el principio de reparación plena. Algunas voces, empero, señalaban una *diferencia* sustancial entre el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, de la violación del deber de no dañar a otro, y que justificaba la solución. Parte de esos razonamientos se han plasmado ahora en el CCyC, limitados exclusivamente al ámbito contractual (y no al obligacional en general).

### *d) Previsibilidad en abstracto y en concreto. Los efectos (generalmente atenuación de la responsabilidad)*

La norma *combina* las reglas de la causalidad adecuada (cuyo análisis de previsión es *objetivo*) con lo que *las partes hayan previsto* en el contrato, a la hora de establecer las consecuencias indemnizables. Esto significa que, por lo general, la indemnización derivada del incumplimiento contractual *no comprenderá todas las consecuencias*

*mediatas* (siempre las inmediatas), lo que importa una *excepción* al principio general establecido en el art. 1723 del CCyC. Pero, de todas maneras, la cuestión no es tan sencilla, ya que —como contrapartida— puede haberse previsto consecuencias que, en el marco de la causalidad adecuada, podrían calificarse como *casuales*, y ser resarcibles. No es lo que comúnmente sucederá, sino lo primero; pero, de todas maneras, es factible.

### *e) El presupuesto de aplicación de la norma*

Como ya lo hemos señalado, lo primero que debe establecerse, con *independencia* de la existencia o no de *daño resarcible*, es *la atribución de responsabilidad en el incumplimiento obligacional; en este caso, del incumplimiento contractual* (v. *Obligaciones* § 388). Una vez determinada esta circunstancia, emerge la responsabilidad establecida en la norma.

### *f) Primera regla. La previsibilidad contractual se merita al tiempo de la celebración del contrato*

Se establece que se responde por las consecuencias que las partes *previeron* (análisis en concreto) o *pudieron haber previsto* (análisis en abstracto), en el *momento de la celebración del contrato*. Por ende, la cuestión *no se mide al tiempo del incumplimiento, sino antes, en la génesis,* lo que no podría ser de otra manera.

*(i) Justificación.* Señala la Comisión que elaboró el Anteproyecto, luego de citar los antecedentes (hasta el derecho romano), y soluciones del derecho comparado, que "ésta 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". En efecto, "la razón de ser de esta regla se encuentra en el respeto del esquema de riesgos y beneficios que los contratantes reflejaron en su acuerdo, que se vería desvirtuado si se aplica derechamente el criterio de la causalidad adecuada" (Picasso). En definitiva, la noción de *plan prestacional* (v. *Obligaciones* § 43 y ss., 280) aquí es plena, en el sentido de que las partes lo dotan de contenido, más allá de las obligaciones y deberes que, en cada tipo contractual, surgen de la propia ley. También la *buena fe* juega un rol central: "esa buena fe que cada contratante espera del otro, exige una mirada atenta a su previsibilidad recíprocamente compartida" (Zavala de González).

*(ii) Consecuencias resarcibles*. No se trata aquí, pues, de reparar consecuencias inmediatas, mediatas o —eventualmente— casuales; sino de aquéllas que se hayan *podido prever* o se *hayan previsto efectivamente*, cualquiera sea su naturaleza.

*(ii.1) Las que se hayan podido prever*. En el art. 961 del CCyC se dispone: *"Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor"*. El *plan prestacional*, pues, se integra con un elenco de deberes y derechos del más variado contenido, que se particulariza en *cada* vínculo contractual. Tienen especial relevancia las obligaciones que *la ley* impone a los contratantes, tantos las generales, como las específicas de cada tipo. Ante ello, todo lo que *razonablemente* se pueda derivar del incumplimiento, es *resarcible*. Por lo general, lo serán las consecuencias *inmediatas*; pero también pueden serlo las *mediatas susceptibles de previsión contractual* (ZAVALA DE GONZÁLEZ), en abstracto, como puede ser —tal cual la jurista indica— una mala praxis en donde el médico puede anticipar que su paciente sufrirá agravación de su enfermedad, con posible desenlace mortal, así sea en conexión con complicaciones de la patología, u otros factores causales; o el abogado que omite presentar una prueba dirimente y pierde el juicio, ocasionándose daños al cliente que puedan ser calificados como consecuencias mediatas. Entra a tallar aquí, también, el art. 1725 del CCyC: *"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"*.

*(ii.2) Las que se han previsto*. Las partes, *en concreto*, pueden haber previsto la responsabilidad por ciertas consecuencias que, de no haber sido contempladas, no serían resarcibles. En negocios especialmente complejos y de importancia económica, puede existir especial interés de una de las partes en incorporar tales circunstancias, y nada obsta a ello (por ej., un contrato de obra en donde se compromete la construcción de una casa, para que el comitente la habite de manera inmediata al cumplimiento del plazo previsto para la ejecución, en razón de que en ese momento no contará más con la vivienda que alquila).

*(ii.3) La previsión de las partes* excluyendo *la indemnización de consecuencias*. La norma se orienta, especialmente, a esta última cir-

cunstancia. Por lo general, la *previsibilidad contractual* traerá aparejada una *limitación* de la responsabilidad (en comparación con la regla general de la resarcibilidad de las consecuencias inmediatas y mediatas). Ello forma parte, como se indicó, del *esquema de costos y beneficios del contrato.*

*(iii) La* previsibilidad contractual, *¿es una excepción al principio de reparación plena?* De lo señalado hasta aquí, puede colegirse que si las partes delimitan el contenido del contrato y su responsabilidad, *reduciéndola* en función del esquema económico de aquél, podría concluirse que se estaría en presencia de una cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad. Sin embargo, la cuestión no es lineal. Como ya se analizó (§ 128), una cosa es la exclusión de responsabilidad y otra la limitación del objeto del contrato. Ahora bien: si existe una obligación, y a la vez irresponsabilidad por su incumplimiento imputable, es claro que su validez debe establecerse en función de las reglas que hemos analizado respecto a la limitación voluntaria de la responsabilidad.

*(iv) Contratos a los que es aplicable.* La Comisión, luego de señalar que la *negociación* es presupuesta para la aplicación de esta regla, indica —aunque no lo dice la norma— que *no se aplica a los contratos de consumo.* En rigor de verdad, entendemos, tampoco podrá ser aplicada en aquellos contratos por adhesión a condiciones generales, en tanto constituya una cláusula abusiva; y en todos aquellos en los que exista una situación de debilidad negocial que impida la *negociación.* Por ello, "es menester acentuar el carácter *restrictivo* del precepto, centrándolo particularmente en *contratos paritarios,* sobre todo *a nivel empresario"* (ZAVALA DE GONZÁLEZ). En todos los no alcanzados, rige la regla del art. 1726 del CCyC.

### *g) Segunda regla. La situación en caso de incumplimiento doloso*

Se dispone en la norma que si el incumplimiento es *doloso* (§ 72, en el concepto *extenso* que ahora se ha abrazado, en cuanto incumplimiento deliberado del deudor), la imputación de las consecuencias se mide tomándolas *al tiempo del incumplimiento.* En otras palabras, *se vuelve a las reglas generales del art. 1726 del CCyC, y a la especial correspondiente al dolo* (§ 141.b).

## § 144. Los intereses moratorios como indemnización tarifada en las obligaciones de dar dinero. Remisión

Como ya se ha indicado (v. *Obligaciones* § 151), los intereses moratorios constituyen un daño presumido *iure et de iure,* derivado del incumplimiento imputable, pero no el tope de la indemnización, ya que si se acredita un daño mayor, éste podrá ser resarcido si integra el elenco de consecuencias indemnizables, para lo cual —a su vez— deberá establecerse si es o no aplicable el art. 1728 del CCyC.

## § 145. Otros supuestos

En la generalidad de los casos, en el CCyC se indica que existe responsabilidad en tal o cual situación, y que se debe responder por "los daños" ocasionados. Sin embargo, en algunas *específicamente* se dispone, y con diverso alcance, *qué daños en concreto son resarcibles.* Se trata de consecuencias inmediatas o mediatas previsibles que el ordenamiento *presume,* y que admiten prueba en contrario por lo general, salvo excepciones. Entre otros:

### *a) Indemnización por fallecimiento*

En el art. 1745 del CCyC se dispone: *"Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido".*

### *b) Indemnización por incapacidad*

En el art. 1746, luego de establecerse el modo de cálculo del resarcimiento por este rubro, se establece que *"se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado".*

### c) Revocación de la donación por incumplimiento de los cargos

En el art. 1570 del CCyC se dispone que *"el donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses"*.

### d) En la responsabilidad precontractual

Si se frustran las tratativas injustificadamente, el incumplimiento del deber de obrar de buena fe *"genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato"* (art. 991 CCyC, § 22).

### e) Transporte de cosas

En este caso, *"si no se ha extendido el segundo ejemplar de la carta de porte ni la guía, el cargador tiene la disposición de la carga y puede modificar las instrucciones dadas al transportista, con obligación de reembolsar los gastos y resarcir los daños derivados de ese cambio"* (art. 1302 CCyC).

### f) Obras y servicios

En caso de desistimiento unilateral, *"el comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado; pero debe indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia"* (art. 1261 CCyC).

### g) Donación

*"Alcance de la garantía. La responsabilidad por la evicción obliga al donante a indemnizar al donatario los gastos en que éste ha incurrido por causa de la donación. Si ésta es mutua, remuneratoria o con cargo, el donante debe reembolsarle además el valor de la cosa por él recibida, lo gastado en el cumplimiento del cargo, o retribuir los servicios recibidos, respectivamente. Si la evicción proviene de un hecho posterior a la donación imputable al donante, éste debe indemnizar al donatario los daños ocasionados. Cuando la evicción es parcial, el resarcimiento se reduce proporcionalmente"* (art. 1557 CCyC).

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional". LL 1989-D-916.

ALTERINI, Atilio A., *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1998.

BARBIER, Eduardo, "Las cláusulas exonerativas en los supuestos de responsabilidad contractual objetiva". LL 1995-B-1339.

BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 554.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La cláusula limitativa de responsabilidad en la contratación predispuesta", LL 1997-A-50.

DODDI, Cristina D., "Las cláusulas de restricción de responsabilidad contractual", LL 2006-B-943 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 145.

MÜLLER, Enrique C., "La reparación plena en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 167 y ss.

PARELLADA, Carlos A., "Cláusulas limitativas de la responsabilidad y de rescisión unilateral y derecho de los consumidores", en AMEAL, Oscar J. (dir.) - TANZI, Silvia Y. (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 886.

PIZARRO, Ramón D. - VARIZAT, Andrés F., "La 'desnaturalización de las obligaciones' como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Una interesante innovación doctrinaria argentina)". LLC 2006-10.

SAPPIA, Candelaria, "El principio de reparación plena. La reparación en dinero y en especie", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., "Cláusulas limitativas de responsabilidad", en BUERES, Alberto J. (dir.), *Responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires., 1990.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 5/8/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos", La Ley Online.

CSJN, 5/8/1986, "Gunther, Fernando Raúl v. Nación Argentina", ED 120-522.

CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos: 327:3753.

CSJN, 17/9/1996, "Empresa Ferrocarriles Argentinos v. Gálvez, Orlando y otros", LL 1997-B-431.

CSJN, 18/12/2007, "Silva, Facundo Jesús v. Unilever de Argentina SA", LL 2008-A-460.

CAPÍTULO IX

# FUNCIÓN RESARCITORIA (CONT.). LA REPARACIÓN DEL DAÑO

## I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA REPARACIÓN "EN ESPECIE"

### § 146. Noción

La *reparación* del daño es el *cumplimiento* de la obligación resarcitoria. Para ello, y luego de determinarse cuáles son las consecuencias resarcibles, debe establecerse previamente cuál es el *objeto* de dicha obligación. Hay que recordar que (sea cual sea el origen de la obligación resarcitoria), el *objeto* es un *plan de conducta futura a cargo del deudor* (v. *Obligaciones* § 47), y debe reunir ciertos requisitos (v. *Obligaciones* § 49), dentro de los cuales —como se verá— reviste trascendencia la *posibilidad material* (para determinar si el objeto debe ser dinero, o una conducta que importe el restablecimiento *in natura* de la situación existente antes de la producción del daño).

### § 147. Finalidad

En el art. 1740 del CCyC se dispone, luego de indicarse que la reparación debe ser *plena* (esto es, comprender las consecuencias resarcibles que el ordenamiento establece —ver capítulo anterior—), que ésta *"consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie"*.

En otras palabras, conceptualmente la indemnización de las consecuencias resarcibles *es un mecanismo para colocar a la víctima del daño, jurídicamente, en la misma situación a la que se encontraba antes del hecho dañoso; ni mejor, ni peor.* Lo contrario, implicaría un

*enriquecimiento sin causa*, sea para la víctima del daño (si recibe de más), o para el responsable (si es obligado a pagar de menos).

*a) En el daño patrimonial*

Aquí es donde la cuestión se presenta con absoluta claridad conceptual, desde que "la reparación del daño patrimonial *no aumenta el patrimonio;* simplemente se limita a *recomponerlo en términos económicos,* procurando llevar las cosas, con el mayor grado de exactitud posible, al estado en que se encontraba antes del daño" (PIZARRO/VALLESPINOS). En efecto, sea la reparación en especie o en dinero (aun cuando en este caso *materialmente* el estado de cosas anterior no pueda ser efectivamente restituido), la *naturaleza* del daño patrimonial —de estricta índole económica— impone concluir lo señalado.

*b) En el daño moral*

Aquí, en cambio, la *naturaleza* del daño (consecuencias disvaliosas *en el espíritu* de la persona), impide una restitución del estado de cosas anterior al hecho dañoso, ya que es materialmente imposible hacerlo. El tiempo no puede volverse atrás, y es entonces cuando el *dinero* entra a jugar un rol central. Sin perjuicio del *criterio* que debe emplearse para la asignación de la indemnización, lo cierto es que se genera una *obligación de dar dinero* que, si bien importa un mejoramiento patrimonial de la víctima, pero con una *finalidad propia y válida: otorgar a la víctima una satisfacción sustitutita y compensatoria por el detrimento espiritual padecido.*

Pero, además, existen *otros mecanismos* que interactuarán, eventualmente, con la indemnización dineraria. En el mismo art. 1740 del CCyC se dispone que ante la afectación de derechos personalísimos, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia o de sus partes pertinentes, a costa del responsable; lo mismo, específicamente, cuando se afecta la intimidad de las personas, en tanto esta medida sea "procedente para una adecuada reparación" (art. 1770 CCyC).

## § 148. Las maneras de reparar el daño en el Cód. Civil y Comercial

En el art. 1740 del CCyC se establece que la reparación *"consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior*

*al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable".*

### *a) La reparación en especie o* in natura. *Requisitos*

Se tratará de una *obligación de dar cosas que no sean dinero, o de una obligación de hacer* (generalmente esto último). Debe advertirse aquí esta manera de reparación hace coincidir el *daño-lesión* con el *daño resarcible*, pero la distinción *se mantiene, en lo jurídico:* el *desbalance patrimonial* producido por el hecho dañoso se elimina mediante el cumplimiento de la obligación aquí contemplada.

Para ello, la víctima debe solicitarlo; debe existir además *posibilidad material y jurídica* de obrar de dicha manera, que no es sino un requisito del *objeto de la obligación;* y la ley agrega que ello no debe ser ni excesivamente oneroso, ni abusivo. Estas dos últimas circunstancias deben ser invocadas y acreditadas por el *deudor* de la obligación, y el juez deberá resolverlo en función de las circunstancias concretas que el caso presente. En nuestra opinión, la *excesiva onerosidad* debe ser valorada con criterio restrictivo, favoreciéndose la reparación *in natura*, salvo que genere una *situación jurídica abusiva o disfuncional.*

PIZARRO y VALLESPINOS agregan un requisito de no menor entidad: no deben existir causas de *atenuación* de la indemnización (ahora contempladas en el art. 1742 del CCyC), ya que si ellas se presentan, es por demás evidente que la reparación *in natura* importaría enriquecer a la víctima de manera indebida, atento que el contenido de la obligación será de menor extensión. Por ende, en tal supuesto, la obligación será de dar dinero.

### *b) La reparación en dinero*

Es, en la gran mayoría de los casos, el mecanismo que se emplea para la reparación de los daños, aún en los casos en que es factible la reparación *in natura*, pues la víctima tiene el derecho de optar entre las dos posibilidades. Se trata, pues, de una *obligación de dar*

*dinero, de valor*, que se rige por las reglas privativas de dicha categoría (arts. 765 a 772 del CCyC), y en especial por las propias de las obligaciones de valor, que hemos analizado con anterioridad (v. *Obligaciones* § 138 y ss.), y que en el ámbito del resarcimiento de daños presentan algunas particularidades que analizamos más adelante, en este mismo capítulo.

### c) Las reglas para ejercer la opción. Eventual coexistencia de ambas, según los rubros

*(i) Efectos de la opción.* En tanto y en cuanto *ambos tipos de reparación* sean posibles material y jurídicamente, la víctima del daño (el acreedor) tiene el derecho de optar por una de ellas, o —entendemos— por ambas en forma subsidiaria. Si bien la situación que se presenta es la propia de las obligaciones alternativas con elección a cargo del acreedor (v. *Obligaciones* § 182 y ss.), entendemos que cabe efectuar una *aclaración especial:* aun cuando la víctima optara por la reparación en especie, somos de la opinión que pese a la irrevocabilidad en *general* de la elección y el efecto de concentrar la prestación y el correlativo descarte de las restantes (art. 780 CCyC), si la prestación elegida se tornara imposible por causas ajenas, no imputables a las partes, la víctima del daño conservará la posibilidad de pedir el cumplimiento en dinero. Es que aquí *no* se trata de una obligación alternativa de origen convencional, o de origen legal en general, que habilite la aplicación, sin más, de las reglas de dicha categoría. La *causa* de la obligación ha sido un acto dañoso, y mal podría afirmarse que en el supuesto contemplado la víctima se quede sin reparación. Aunque, si el acreedor optó por dicha reparación en especie, y el cumplimiento se vuelve imposible por causas exclusivamente imputables a la propia víctima, entendemos que —allí sí— la obligación resarcitoria quedará extinguida.

*(ii) Debe ser ejercida de manera regular.* No se trata de un derecho absoluto de la víctima, y —como en todos los casos— su ejercicio debe ser regular. Si bien, ante la duda, se la debe favorecer, lo cierto es que si, por ej., el deudor se encuentra en *reales* condiciones de reparar en especie el daño (por ej., porque por su profesión u oficio puede hacerlo), y se encuentra en una situación patrimonial comprometida, en donde le afectaría severamente el cumplimiento en dinero (por ej., el acreedor le ha embargado sus pocos bienes ejecutables), no dudamos que la reparación deberá ser practicada en especie; pudiendo, incluso, el propio deudor ofrecerlo una vez que ha sido demandado por la indemnización en dinero.

*(iii) Coexistencia de ambas modalidades.* Una pretensión resarcitoria, por lo general contiene *varios* rubros diferentes, que no son sino *cada una* de las consecuencias que deben ser resarcidas. Así, algunas de ellas podrán ser satisfechas en especie, y otras en dinero.

### *d) La publicación de la sentencia en el caso de lesión a los derechos personalísimos*

Como se ha indicado, la publicación de la sentencia puede constituir un mecanismo de reparación de los daños causados a raíz de la lesión a los derechos personalísimos. Debe advertirse, empero, que *no excluye* a la reparación en dinero y, si es que corresponde, el juez podrá ordenar *ambas* maneras de reparar el daño.

## § 149. Las dos operaciones que corresponde efectuar

La determinación del *objeto de la obligación resarcitoria* demanda dos operaciones sucesivas:

### *a) Valoración del daño*

Se trata de la *determinación de la existencia de la consecuencia resarcible, y su entidad cualitativa.* Esto es, *cuál es su composición intrínseca,* con prescindencia absoluta se su valor económico, si es que lo tiene (ello no se presenta en el daño moral). Es, en términos generales, lo que hemos analizado en el capítulo anterior, y en el capítulo 6, al tratar el daño. Concretado este primer paso, es factible (si existe la posibilidad) la opción por la reparación *en especie.*

### *b) Cuantificación del daño*

Si la indemnización ha de ser *en dinero*, se impone una segunda operación: la determinación de *su valor concreto, esto es, traducir el daño cualitativamente constatado en una suma de dinero.* Es lo que se denomina *cuantificación*, y así está expresamente indicado en el art. 772 del CCyC: "*Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea*

*usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección"*. Rigen en primer término las reglas que antes hemos desarrollado en general (v. *Obligaciones* § 138 y ss.), además de las específicas en relación a los intereses (v. *Obligaciones* § 154); y las especiales que desarrollamos a continuación en las situaciones particulares.

### § 150. La reparación en especie del daño ambiental. Su particularidad

En el art. 30 de la Ley General del Ambiente 25.675 se dispone: *"Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Const. Nac., y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción"*.

Como puede observarse, se contemplan *dos supuestos: la "recomposición" y la "indemnización"*. La primera es la *reparación del daño-lesión*, esto es, el restablecimiento material de la situación de hecho anterior a la contaminación ambiental, sin que interesen las *concretas repercusiones perjudiciales en el patrimonio o el espíritu de los damnificados*. La segunda es *la reparación de los daños resarcibles* (o sea, las *consecuencias)* que hayan padecido las personas *directamente damnificadas por el hecho dañoso*, lo que se regirá por las normas generales que ahora estamos estudiando.

## II. LA REPARACIÓN EN DINERO

### § 151. Caracterización

Como ya se indicara, sea cual sea el origen de la responsabilidad civil, estaremos aquí en presencia de una *obligación de dar dinero*, regida, en primer lugar, por las normas generales de los arts. 765 a 772 del CCyC; en especial las de las *obligaciones de valor*, pues la naturaleza de la obligación de reparar es tal.

## § 152. El art. 1748 del Cód. Civil y Comercial y sus implicancias

En dicha norma se dispone: *"Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio"*.

### *a) Naturaleza de los intereses*

En el ámbito de la responsabilidad civil, y con excepción de la *cláusula penal* (que analizamos en este mismo capítulo), los *intereses* que se devengan de la obligación resarcitoria en dinero son de naturaleza *moratoria* (v. *Obligaciones* § 151).

### *b) Exigibilidad y mora en la obligación de indemnizar*

Debe aquí distinguirse el *hecho dañoso*, de los *daños* que aquél produzca, ya que estos últimos pueden acontecer *concomitantemente o con posterioridad* al suceso, pero —siempre— vinculados ambos extremos fácticos por un nexo adecuado de causalidad. Por ej., una persona sufre graves lesiones en un accidente de tránsito, y dos meses después fallece a consecuencia de aquel suceso. El *daño moral* derivado de su muerte (art. 1741 CCyC), se produce en el momento del deceso.

Como en el art. 1748 del CCyC se dispone que los intereses comienzan a correr desde la producción del perjuicio, lo que lleva a concluir (y es de toda lógica), que en ese momento se produce la *exigibilidad* de la obligación; y que por tratarse de una *obligación pura y simple*, el deudor ingresa en mora de manera *automática* (v. *Obligaciones* § 404).

### *c) Comienzo del curso de la prescripción liberatoria. La situación de los daños futuros*

Consecuencia de lo anterior, la prescripción liberatoria de la acción resarcitoria comienza a correr desde el momento recién indicado, pues en el art. 2554 del CCyC se dispone, como regla general, que *"el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible"* (v. *Obligaciones* § 664, 665).

Por tales razones, pueden presentarse situaciones especiales de cierta complejidad. Si la víctima entabla la demanda resarcitoria, pero *luego* de ello se produce *otro* daño (siempre vinculado causalmente con el suceso dañoso), entendemos que cuenta con la posibilidad de solicitar su resarcimiento, sea en el

ámbito del mismo proceso resarcitorio (si su estado procesal lo permite), o promoviendo *otra* demanda, que —eventualmente— generará una situación particular en orden a una eventual acumulación, coexistencia de procesos, efectos de cosa juzgada, etc. Es que de lo contrario, si demandara —como *probables*— estos daños aún no producidos, la pretensión respecto a ellos debería ser rechazada por ausencia del requisito de la *certeza* del daño.

Estas valoraciones son *independientes* de que los daños puedan ser *futuros: en tanto y en cuanto exista el requisito de la certeza del daño* (§ 89 y 99), entendemos que el daño debe entenderse como *existente* y que, aun cuando no devengue intereses (lo analizamos más abajo), el plazo de prescripción de la acción resarcitoria comienza a correr. Ante la ausencia de todo otro elemento, suele tomarse en consideración la fecha del suceso dañoso. Sin embargo, ésta es una cuestión que debe ser *delicadamente* sopesada en cada caso en concreto, cuyo análisis excede los objetivos de esta obra.

### *d) La especial situación de los daños continuados*

Deben distinguirse *dos* situaciones.

Cuando el *suceso dañoso* es continuado la prescripción de la acción no corre, pues se encuentra interrumpida de manera constante por dicha circunstancia.

Pero cuando aquél acontece en un único momento (es lo que generalmente ocurre), *los daños* que se derivan de las lesiones producidas (a los derechos o intereses jurídicos), pueden concretarse en un momento (por ej., las roturas en un automotor); o *prolongarse en el tiempo*, esto es, produciéndose *con determinada periodicidad*, incluso por lapsos muy prolongados (por ej., el caso de una incapacidad que priva a la víctima, de manera definitiva, desarrollar actividad productiva alguna).

En este último caso, somos de la opinión que el *derecho* a la indemnización se genera desde la producción del *primer perjuicio*, y que allí comienza a correr la prescripción de los restantes (con independencia de que se trate de un daño *futuro*), siempre y cuando —claro está— se verifique la *certeza* como requisito del daño resarcible. *Diferente* es la problemática de *cómo se indemnizan dichos daños,* que abordamos a continuación.

### § 153. Clases de valoración y cuantificación

*a) Valoración convencional*

Es la que las partes convienen, sea en una transacción judicial o extrajudicial (v. *Obligaciones* § 639 y ss.), o mediante un *acuerdo previo* materializado a través de una *cláusula penal.*

*b) Valoración legal*

En ciertos casos, las leyes disponen no sólo cuál es el daño, sino también su *valor.* Es, por ej., el de la indemnización por despido en la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 245, 247, etc., ley 20.744).

*c) Valoración judicial*

Es la que, en defecto de las dos anteriores, el juez practica en base a las pruebas producidas, y a las reglas que el ordenamiento dispone a tal fin.

## A. VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO PATRIMONIAL

### § 154. Caracterización

Como bien se ha dicho, es "el modo más frecuente y controvertido, y el que genera las mayores dificultades" (PIZARRO/VALLESPINOS). El ordenamiento no puede brindar reglas exhaustivas y que abarquen todos y cada uno de los supuestos, ya que ello es virtualmente imposible. Es que *no se trata aquí del el daño-lesión, sino del daño resarcible, que es la concreta consecuencia disvaliosa en el patrimonio de la víctima.* De todas maneras, sí se establecen los grandes lineamientos generales, a los cuales ha de adecuarse la situación en concreto. En este punto, el CCyC ha avanzado, y notablemente en algunas situaciones especiales, en comparación con el Cód. Civil, donde eran pocas las reglas. Su construcción fue doctrinaria y jurisprudencial, y los criterios mayormente aceptados son los que han sido receptados en la nueva normativa.

## § 155. Algunas reglas básicas

### *a) El momento que debe computarse para la valoración y cuantificación judicial*

*(i) Las partes proponen y el juez* decide. En efecto, al entablar la demanda el actor debe precisar no sólo *cual* es el daño *resarcible* que ha *concretamente* sufrido, sino *cuál es la indemnización que pretende*. La petición debe ser formulada en términos claros y precisos, so riesgo de que si no contempla algún rubro resarcitorio, no sólo éste no podrá integrar la litis (y por ende, no podrá ser admitido por el juez, pese a que se demuestre), sino que además podría eventualmente prescribir. En ciertos casos, los que *intrínsecamente* presentan mayores dificultades, el actor está facultado a dejar librado el monto a lo que resulte de la prueba producida (por ej., el *exacto* grado de una incapacidad); pero ello no lo releva de aportar, desde el momento en que entabla la demanda, *todos* los elementos que estén a su alcance para la valoración y la cuantificación de los daños. Luego, en el transcurso del proceso (particularmente en los alegatos), el actor está facultado para *variar* en lo *cuantitativo* (no en lo cualitativo) su pretensión, en función de lo recién señalado. Ello no importa un cambio de la acción, sino la concreción definitiva de lo que pretende, a la luz de las pruebas producidas en la causa.

El demandado también puede hacerlo, ya que su defensa puede orientarse no a cuestionar la responsabilidad que se le endilga, sino a estas otras cuestiones.

Pero, finalmente, es el *juez* quien debe practicar la operación definitiva, *cuando dicta la sentencia,* y en las condiciones del art. 772 del CCyC.

*(ii) ¿Qué momento debe computar el juez?* En el art. 772 del CCyC se dispone que la cuantificación (que, en este caso, debe hacerse en la sentencia), debe practicarse refiriéndose *"al valor real al momento en que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda"*. Sin perjuicio de que nos hemos referido a ello en *Obligaciones* § 140, cabe aclarar aquí algunas situaciones especiales.

La regla es que el *tiempo* a computar debe ser el de la *sentencia* o el más próximo a ella (por ej., en el caso del daño moral). Pero en ciertas situaciones, ello presenta dificultades. Por ej., si se produjo una pericia un año antes, en la que se determinó el valor de las reparaciones de un automotor. Sería inconveniente practicar una *nueva*

pericia a tal fin. Por ende, somos de la opinión que el juez debería —si entiende que lo que el perito dictaminó es adecuado— atenerse a dicho *valor*, computándolo *al tiempo en que la pericia se produjo*. Lo propio en otras situaciones, donde el valor efectivo de los daños se haya determinado por otras pruebas con anterioridad, de manera indubitada.

*(iii) La proyección en los intereses*. Lo anterior, a su vez, se proyecta en el *quantum* de los intereses moratorios. Éstos han de correr *desde la producción del perjuicio* (art. 1748 CCyC), con independencia de que el valor haya sido indeterminado en ese momento (v. *Obligaciones* § 154). Pero *su tasa* no debe contener escorias inflacionarias hasta el *momento* tomado en cuenta para la cuantificación (en el caso recién indicado, dichos intereses correrían desde el accidente hasta la fecha de la pericia, sin el componente inflacionario), ya que su cuantificación a valores actuales obsta a mandar a pagar, a su vez, la depreciación monetaria por vía indirecta (de lo contrario, la víctima experimentaría un enriquecimiento sin causa). Pero, *desde el momento tomado en cuenta para la cuantificación en adelante*, la tasa de interés ha de regirse por las reglas generales, aun cuando dicho lapso sea anterior a la sentencia; conteniendo —en su caso— las escorias inflacionarias que correspondan.

### *b) La "compensación del lucro con el daño"*

Puede suceder que en razón de un hecho dañoso, la víctima experimente —a la vez— un *enriquecimiento*. Suena paradójico, pero puede acontecer. Generalmente se trata de que, en razón de ese *mismo* hecho, evita tener que realizar gastos o erogaciones que razonablemente se hubieran producido, de no haber acontecido el suceso dañoso. El típico ejemplo es el del taxista que no puede disponer de su automotor por un mes (en razón de un accidente de tránsito), y que con ello evita tener que solventar los gastos que su tarea productiva le demanda (combustible, peajes, etc.). Ante tal circunstancia, subyace el enriquecimiento sin causa: si este valor no se detrajera de la indemnización, la víctima experimentaría un mejoramiento de su situación, y no —como corresponde— su mantenimiento inalterado *en lo económico*.

Es lo que se denomina *compensación del lucro con el daño*, aunque entendido el vocablo *compensación* no en el sentido técnico estricto del art. 921 del CCyC (pues el supuesto de hecho allí con-

templado no se presenta), sino en orden a que debe detraerse de la indemnización el concepto que ahora contemplamos.

Como bien se ha dicho, "más que disfumar un pretendido lucro, se pretende medir la verdadera extensión de la indemnización a través de la apreciación del daño neto, o sea el subsistente luego de detraer de los perjuicios sufridos por la víctima del hecho (daño bruto) la proporción equivalente a los lucros o beneficios que experimentó paralelamente" (J. ALTERINI/I. ALTERINI).

Los *requisitos* para que ello proceda son: que el beneficio provenga del *mismo hecho* que generó el daño; que guarde causalidad adecuada con el suceso dañoso; y que las ventajas no provengan de una causa ilícita (PIZARRO/VALLESPINOS, ZAVALA DE GONZÁLEZ, ZANNONI, ORGAZ). En otras palabras, el requisito de la *certeza* y la causalidad adecuada son isoslayables.

Se discute si en caso de *dolo del responsable*, éste puede invocar la compensación del lucro con el daño. La doctrina mayoritaria entiende que no, porque no puede invocarse la propia torpeza, y se trata de un principio "superior" que lo veda, pues se estaría concediendo derechos a partir de un acto doloso (ORGAZ, MOSSET ITURRASPE, J. ALTERINI /I. ALTERINI). En nuestra opinión, la cuestión debe ser valorada bajo otro prisma: de lo que se trata es de dar reparación *plena* a la víctima, ni más ni menos de lo que se le debe. Es una cuestión objetiva, en la que subyace el enriquecimiento sin causa, razón por la cual entendemos que el deudor —aún doloso— puede invocarlo. Es que aquí no se trata de *punir* una conducta, sino de determinar la *real* entidad cualitativa y cuantitativa del perjuicio, cuestión que es ajena al dolo o culpa del responsable.

### *c) Las variaciones del daño*

Los *daños resarcibles*, como se anticipara, no se producen todos de manera lineal, en un único momento, y de manera definitiva. Es que se trata de una cuestión *fenomenológica*, y el estado de cosas puede o bien quedar inalterado (siempre reconociendo como causa el hecho dañoso); o bien *mutar*, sea mejorándose o mitigándose en el tiempo los efectos nocivos, o —por el contrario— agravándose. El problema a resolver es cuál es la respuesta que cabe postular, cuando estas *consecuencias* (que son *variaciones del daño)* reconocen causalidad adecuada con el hecho dañoso.

*(i) La situación de los daños futuros, previsibles* antes *de su efectiva ocurrencia.* Si de manera objetiva, con un grado razonable de probabilidad (siempre, en los daños futuros, existe un *mínimo* de

aleatoriedad), se producirá una *variación del daño*, ésta debe ser computada, tanto por las partes al efectuar sus planteos, como por el juez al tiempo de dictar la sentencia. Por ej., si la víctima padece una patología irreversible, que es incurable, y se irá agravando a medida que el tiempo transcurra. Ello se reflejará en la indemnización a otorgar, mayor si el daño se agravara, menor en caso contrario.

*(ii) Las variaciones* imprevisibles *del daño luego de dictada la sentencia.* ¿Qué respuesta cabe postular si *luego* de dictada la sentencia, se produce una *agravación* o *disminución* del daño objetivamente imprevisible (aplicando un criterio de razonabilidad), esto es, que no superaba la mera hipótesis de daño hasta ese momento?

*(ii.1) Agravación.* En términos generales, en el marco del Cód. Civil, la doctrina mayoritaria postulaba que al haberse dictado la sentencia, el efecto de la cosa juzgada impedía la revisión de lo resuelto y, por ende, del daño. Sin embargo, ZAVALA DE GONZÁLEZ advertía que no podía predicarse *cosa juzgada* sobre algo que no se había —precisamente— decidido, porque no integró la litis. Por ende, entendía que el reclamo resarcitorio era viable. En el marco del CCyC la respuesta debe ser también positiva. Es que —en primer lugar— a más de lo señalado, agregamos nosotros que la víctima nunca hubiera podido demandar ese daño, por ausencia del requisito de la certeza: la *hipótesis* de daño no es resarcible. Ante ello, si el daño se produce *luego* de dictada la sentencia —pero *siempre* mediando causalidad adecuada, y encontrándose comprendido dentro del elenco de consecuencias resarcibles— *nada obsta* a que pudiera ser reclamado. Además, en función de lo dispuesto por el art. 1748 del CCyC, es claro que el *crédito* resarcitorio recién se hace *exigible* desde la *efectiva producción del perjuicio.*

*(ii.2) Disminución.* Diferente es la situación en este caso. Supóngase que en la sentencia se mandó a pagar una indemnización del lucro cesante derivado de la incapacidad computada hasta los 65 años de edad de la víctima, y ésta fallece en *otro* accidente al poco tiempo de dictada la sentencia; o, por la aparición de una nueva técnica médica, experimenta una mejoría notable que le permite recuperar su capacidad productiva, aunque en parte. ¿Podría el deudor solicitar la revisión de la sentencia? Entendemos que la respuesta *negativa* se impone, por los efectos de la cosa juzgada, y porque el crédito indemnizatorio, al haber quedado reconocido por la sentencia judicial, se incorpora al patrimonio de la víctima, más allá de la suerte ulterior de esta última.

De todas maneras, pero de forma *harto excepcional,* podrían presentarse situaciones que motiven algún tipo de revisión. Supóngase que, cuando queda firme la sentencia, y dispuesto el deudor a pagar la indemnización, la víctima fallece por circunstancias ajenas al hecho dañoso. No luce razonablemente justo que, al menos, el deudor deba cargar con la indemnización del costo de una intervención quirúrgica que debía practicarse meses después, y a cuyo pago había sido condenado el deudor. Sin embargo, el criterio debe ser restrictivo.

## § 156. Situaciones particulares

### *a) Cuantificación del daño emergente presente*

Debe efectuarse, a la luz de las pruebas producidas, a valores lo más cercanos posible de la fecha de la sentencia, y con las previsiones que hemos realizado respecto de los intereses. Es el supuesto que presenta menor dificultad.

### *b) Cuantificación del daño emergente futuro*

Al mandar a pagar un daño futuro, el juez debe cuantificarlo en los valores que se hayan fijado de acuerdo a la prueba producida. No devengarán intereses hasta la sentencia, pero sí en el caso en que el pago ordenado no se cumpla.

### *c) La cuantificación del lucro cesante*

Ese rubro puede constituir un daño instantáneo (una ganancia concreta que se iba a percibir por una única vez), o *continuado* (por ej., la pérdida de ganancias derivadas de una incapacidad productiva que ha de extenderse por un lapso). Presenta aristas dificultosas para su cuantificación.

*(i) Puede tratarse de daño presente o futuro.* En efecto, debe advertirse que al tiempo de la sentencia (especialmente cuando el daño es continuado), deberá mandar a pagarse el lucro cesante ya acontecido, y el que *ha de acontecer.* La cuantificación tiene reglas propias en cada caso.

*(ii) Cuantificación del lucro cesante presente.* Si se trata de un daño ya acontecido, la buena técnica manda a pagar el daño de acuerdo a las ganancias *lineales* que se han frustrado desde que el daño se produjo, hasta el momento de la sentencia. Por ej., si una

persona perdió un ingreso de $ 1.000 mensuales, y transcurrieron 30 meses desde que se produjo la primera pérdida hasta la fecha de la sentencia, el *capital* de la indemnización ha de ascender a $ 30.000 (si los ingresos hubieran debido aumentar, debe computarse el valor de cada período, en el momento en que se devengó). En este caso, correrán intereses por mora desde el momento en que cada período de ingresos se hizo exigible.

*(iii) Cuantificación del lucro cesante futuro. Sus dificultades y la solución del Cód. Civil y Comercial.* La indemnización de este rubro, cuando se trata de daño continuado, genera una especial situación jurídica. Supóngase que luego de la sentencia una persona perderá de ganar $ 1.000 mensuales (dejamos de lado el factor inflacionario), por un lapso de 30 años (no computamos el SAC, en el caso). Así, debe entenderse que en los 360 meses subsiguientes, iba a percibir $ 360.000. De inmediato, surge el siguiente cuestionamiento: cobrarlos *por adelantado* enriquece injustificadamente a la víctima; condenar al demandado a abonarlos mensualmente es impredicable, ya que no sólo el proceso se mantendría *sine die,* sino que además se pondría en serio riesgo la posibilidad *efectiva* de percibir la indemnización, con la consiguiente vulneración del principio de reparación plena.

La doctrina comenzó a postular, para equilibrar ambos intereses, la adopción de fórmulas de matemática financiera que, computando las concretas circunstancias del caso (ingresos, edad de la víctima, tiempo de la capacidad productiva, etc.), permitiera —en definitiva— la entrega de una indemnización única pero que, a su vez, ésta le posibilite (teóricamente) hacerse de la suma *periódicamente.* La jurisprudencia fue permeable a estas ideas, y en varias circunscripciones se adoptaron diversas fórmulas que llevaron el nombre del *leading case* ("Vuoto", "Marshall", etc.). Todas las fórmulas, aunque con algunas variables diferentes, llegan más o menos a los mismos resultados (Acciarri).

Es lo que ahora se ha recogido en el art. 1746 del CCyC, en los siguientes términos: *"En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades..."*. Lo dispuesto no significa que la víctima *deba* hacer producir rentas al capital, y retirar mensualmente el producido, de la manera indicada. Puede disponer de la indemnización como

quiera. Pero el *concepto* es el indicado. En definitiva, ello trae una consecuencia ineludible: el *capital* que se mandará a pagar será *necesariamente inferior* a la sumatoria "lineal" de cada período del lucro cesante futuro. La solución, en nuestra opinión, es la adecuada, sin perjuicio de que en ciertas situaciones excepcionales pueda adoptarse un criterio más flexible, de acuerdo a las circunstancias que el caso concreto presente.

*(iv) La congruencia del pronunciamiento.* Por lo general, las partes en el proceso no reparan, al demandar, lo aquí indicado, y se solicita el lucro cesante "futuro", o bien computándoselo desde la fecha del hecho, o desde la de la demanda, sin efectuar luego los ajustes correspondientes, lo cual llevaría a engrosar el monto efectivo del capital a indemnizar. Somos de la opinión que si ello no se hace, el juez no puede "desdoblar" la indemnización en las dos etapas que hemos expuesto, porque —en definitiva— le estaría dando al acreedor más de lo que solicitó, con la consiguiente afectación de la congruencia de su pronunciamiento. Sin embargo, la cuestión es polémica, y requiere un análisis que excede los límites de estas páginas.

### *d) La cuantificación de la pérdida de chances*

En este caso, la cuestión transita por carriles similares a los indicados para el lucro cesante, pero con sus particularidades y claras diferencias. Lo que se resarce es *la chance misma*, y no lo que se hubiera obtenido de haberla logrado. Ello importa asignar al juez una delicada tarea, primero para *valorarla,* pero luego también para *cuantificarla.* Es claro que deberá tomar como punto inicial de referencia el *quantum* de lo que se hubiera obtenido finalmente (por ej., un premio de x pesos en un torneo deportivo profesional en el que la víctima no pudo participar por una lesión en su integridad física). Pero de allí, comenzará el *camino descendente.* El *grado de probabilidad* de haber obtenido la ganancia es la chance, y ello es lo que debe ser indemnizado. Podrán, incluso, aplicarse las fórmulas del art. 1746 del CCyC (si la chance hubiera sido continuada, como por ej., obtener un ascenso con mayores ingresos en el empleo). Pero siempre se tratará de una *proporción,* que deberá ser fijada por el juez *prudencialmente,* a la luz de las reglas de la *sana crítica,* y en función de los que se haya acreditado en la causa.

### *e) La "acumulabilidad del daño moratorio"*

En el art. 1747 del CCyC se dispone: "*Acumulabilidad del daño moratorio. El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del*

*daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva".*

Se presenta aquí la existencia sucesiva de *mora* que ha desembocado en *incumplimiento definitivo,* en dos tramos. Al tratarse de rubros indemnizatorios diferentes, la regla es que son "acumulables", en el sentido de que uno no excluye al otro, lo cual es de toda lógica. Sin embargo, si la situación generase una situación abusiva, el juez puede morigerar la indemnización.

## B. VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO MORAL

### § 157. Valoración. Remisión

Nos hemos explayado sobre la cuestión en los § 105 a 107, a donde remitimos.

### § 158. El nudo del problema en la cuantificación del daño moral

*a) Diversas doctrinas*

Se han postulado, en el marco del Cód. Civil, diversas respuestas para la cuantificación del daño moral, que pueden compendiarse en lo siguiente (PIZARRO/VALLESPINOS): 1) Doctrina que lo valora y cuantifica en relación al daño patrimonial. Es sumamente criticada, ya que un rubro no guarda relación con el otro, ni cualitativa, ni cuantitativamente. 2) Doctrina que lo valora y cuantifica por la mera subjetividad del juzgador. La crítica es que se deja librada la cuestión, no a la discrecionalidad, sino derechamente a la *arbitrariedad* del juez. La existencia de elementos *objetivos* acreditados en la causa, no pueden ser soslayados por el juzgador. 3) Doctrina que lo valora y cuantifica en función de la gravedad de la falta. Se adopta aquí un criterio de tipo *sancionatorio,* que no se condice con la esencia misma del daño moral. 4) Doctrina que lo valora y cuantifica en función de la gravedad objetiva del menoscabo. Era la doctrina más aceptada, que parte de la determinación de las *concretas circunstancias* de hecho que rodean a la víctima, para luego asignar una indemnización en concreto. Asimismo, también se postula que es adecuado acudir a precedentes análogos, a fin de establecer parámetros más o menos

uniformes. 5) Doctrina que combina la gravedad de la falta con la entidad objetiva del menoscabo. En tal supuesto, podría elevarse en caso de dolo, y disminuirse en caso de culpa.

### *b) Los inconvenientes que se presentan*

La pregunta "¿cuánto por daño moral?" ha desvelado, y continúa haciéndolo, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Es que si lo que se pretende es poner un valor a algo que intrínsecamente no lo tiene (y ello acontece en nuestro caso, pues se trata de afecciones espirituales), se ingresa en un callejón sin salida.

Incansablemente la doctrina y la jurisprudencia, inspiradas en un recto sentido de la Justicia, han tratado de encontrar las respuestas.

Pero la aparición de los "terceros géneros" de daños sumó un problema a los ya existentes, entre los que cabe apuntar el notable grado de subjetividad del juez que exhiben algunos pronunciamientos. A ello se suma una cuestión que no es baladí: ante las recurrentes crisis inflacionarias, resulta en nuestra opinión más conveniente que el juez, al momento de traducir en dinero la indemnización, lo haga a valores al tiempo de la sentencia, aunque referenciando en alguna manera lo solicitado en la demanda (y particularmente en el alegato de las partes, que es el momento razonablemente más próximo a la sentencia), para no frustrar, en los hechos, la finalidad del crédito resarcitorio. Ante el incumplimiento de la condena, la posterior eventual pérdida de poder adquisitivo de la moneda, puede verse compensada mediante la adición de escorias inflacionarias a los intereses por mora que se devenguen.

En una de sus últimas obras, Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ exponía: "como el daño moral afecta al ser mismo de la persona, repele cualquier cálculo en dinero. Aunque procede valorar la certeza y gravedad del menoscabo, en cambio es imposible toda valuación intrínseca que conduzca a una expresión en cifras, específica ni cercana. *No hay sumas que traduzcan bienes materiales del espíritu.* Sin embargo, el hecho de que no pueda fijarse una indemnización precisa, no permite establecer cualquiera. Por eso, no es admisible el criterio disociador de cuantificar según el caso y cada tribunal, mediante una suerte de magia o adivinación, al calor de instantáneas impresiones sensitivas, que desde luego oscilan según la personalidad del intérprete".

## § 159. La solución del Cód. Civil y Comercial

En la parte final del art. 1741 del CCyC se dispone: *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*. La norma supone un importante avance, pero quedan algunas cuestiones sin definir.

### *a) Se trata de una obligación de valor*

No cabe dudar de ello, como ya se ha señalado a lo largo de este capítulo, y que —por ende— resulta aplicable el art. 772 del CCyC para la cuantificación. Y, salvo alguna situación harto excepcional que lo justifique, el *quantum* de la indemnización debe ser fijado a *valores al tiempo de la sentencia*. Por ende, si el daño es *presente*, los intereses que correr desde su producción hasta la sentencia, *no deberán contener escorias inflacionarias* (v. *Obligaciones* § 154), aunque sí, en su caso, de la sentencia en adelante.

### *b) El juez debe fundar la solución a la que arriba*

Si bien ello está impuesto para *toda* sentencia (art. 3° CCyC), adquiere especial relevancia en el caso del daño moral. La *valoración* deberá ser objeto de un meduloso análisis, en función de todas y cada una de las circunstancias que hayan rodeado al hecho dañoso, y a las particulares y concretas repercusiones espirituales en la víctima. En este terreno, adquiere suma importancia la prueba pericial, en especial la psicológica y la psiquiátrica, aunque —como ya se indicara— las *presunciones hominis*, y otras circunstancias que se acrediten por otros medios constituirán instrumentos de importantísimo valor a fin de *concretar* el daño moral acontecido.

### *c) Las pautas del Cód. Civil y Comercial*

*(i) Caracterización.* La solución legal descarta, en nuestra opinión, la posibilidad de poder determinar la indemnización del daño moral pretendiéndose fijarle un *valor intrínseco,* que claramente no lo tiene. No existen, además, tarifaciones, ni indicativas, ni obligatorias.

*(ii) No corresponde el uso de fórmulas.* Como bien se ha dicho, la cuantificación del daño moral en el CCyC es *ajena* al empleo de

fórmulas, como las del art. 1746 del CCyC (GALDÓS). En efecto, la propia naturaleza de la función de la indemnización (brindar satisfacciones sustitutivas y compensatorias) obsta *per se* a acudir a dicho mecanismo.

*(iii) ¿Cómo deben determinarse las "satisfacciones sustitutivas y compensatorias y su correspondiente valor?* La cuestión presenta dificultades. No cabe recurrir a un criterio netamente objetivo (de lo contrario, se estaría indemnizando al *daño-lesión*), pero tampoco a parámetros absolutamente subjetivos.

Es que si se trata de brindar satisfacciones sustitutivas y compensatorias, un criterio extremo (que desechamos) podría postular que en el caso de personas de fortuna una suma equivalente —por ej.— al valor de un inmueble podría resultarle poca indemnización, en tanto que para una persona humilde podría significarle el acceso a la vivienda propia, siendo una satisfacción suficiente, ante situaciones dañosas análogas (por ej., la muerte de un hijo). Cabe descartar de plano formulaciones como la indicada.

Entendemos que como "parámetros objetivos" cabe computar, entre otros, la situación dañosa (las circunstancias contextuales en las que el daño se ocasionó) y las "consecuencias disvaliosas de tipo espiritual general" que suelen producir ciertos hechos, o sea, lo que, según las reglas de la sana crítica, es lo "común" que suceda. Es que si bien no hay dos daños morales idénticos, también es verdad que los hay parecidos (ZAVALA DE GONZÁLEZ).

Luego, en segundo lugar, el análisis debe centrarse en la *concreta persona de la víctima,* esto es, en las repercusiones que individualmente le ha ocasionado el hecho dañoso.

A partir de allí, el juez, *prudencialmente,* deberá determinar la indemnización, esto es, traducirla en dinero.

*(iv) Los otros precedentes como criterio indicativo. Sus inconvenientes.* Se postula que es necesario acudir a casos análogos que, si bien no pueden por sí mismos determinar la indemnización, no deben ser soslayados, y hacen a la *buena* fundamentación de la sentencia. Compartimos tales postulados, pero con muchas prevenciones. No existen hoy sistemas estadísticos confiables que permitan conocer la cuestión, con base científica. La *analogía* en los casos generalmente sólo llega a la situación dañosa, pues los *criterios* que los jueces suelen emplear para cuantificar las indemnizaciones son de lo más variados. Asimismo, en el contexto de un fenómeno inflacionario, los prece-

dentes quedan desactualizados al poco tiempo, lo que importa la necesidad de "actualizar" (al solo fin comparativo) las indemnizaciones asignadas. Deben tenerse en cuenta, pues, todas estas circunstancias.

*(v) La discrecionalidad del juez es inevitable.* Llegados hasta aquí, no cabe sino concluir que en última instancia, el *rol* del juez es *central.* Deberá, finalmente, y a la luz de todos los elementos objetivos y subjetivos acreditados, darle un valor a la indemnización, traducirá en dinero. La *discrecionalidad* jugará, pues, un papel determinante. Al respecto, señala la recordada Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, en palabras que deben ser tenidas especialmente en cuenta: *"el dinero nada devuelve o retrotrae, sólo "satisface insatisfactoriamente"; además, nunca será factible aseverar que determinada cuantía se ajuste al daño moral que el hecho causó, por lo cual el instrumento supletorio desafina sin que nadie pueda corregirlo ni perfeccionarlo. Así, pues, la indemnización de los daños morales se asemeja a muchos "finales inacabados" de determinadas obras artísticas, que siempre exigen particular creatividad en el intérprete para llenar espacios vacíos, y que en este ámbito son forzosos... hablar sin matices o condicionamientos de estricta plenitud resarcitoria es un mito o ilusión... y la aspiración no concretable a una reparación integral de daños espirituales, debe ser sustituida por la directiva más realista de que sea justa, en la medida posible...".* De eso se trata.

### *d) Nuestra opinión*

Entendemos que la reforma se quedó a medio camino. Hubiera sido deseable, en primer lugar, establecer *presunciones iuris tantum* de daño moral para "casos testigo" (muerte del hijo, cónyuge o conviviente, padres, e incapacidad absoluta), desde que en términos generales éste surge notorio *in re ipsa.* A partir de allí, fijar un "piso" indemnizatorio, en puntos o unidades económicas de valor estable, que constituya únicamente un *mínimo indicativo* que luego, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda adecuarse razonablemente. Con ello se podría brindar un *mínimo* de certidumbre ante una situación jurídica, que por su propia naturaleza, impide lograr un final "acabado" y definitivo.

## C. VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN CONVENCIONAL DEL DAÑO: LA CLÁUSULA PENAL

### § 160. Concepto y caracterización

En el art. 790 del CCyC se dispone: "*Concepto. La cláusula penal es aquélla por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de*

*una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".*

Al contraerse la obligación, o con anterioridad a su exigibilidad, e incluso en el caso de obligaciones futuras, las partes pueden *acordar* los efectos en caso de un eventual incumplimiento, mediante una *cláusula penal,* prefijando la indemnización de los daños derivados del incumplimiento obligacional; y, a la vez, generando un elemento extra de *compulsión* en el ánimo del deudor, pues no sólo *ya sabe* cuáles serán los concretos efectos de una eventual inconducta, sino que además este instrumento actúa como un *castigo* frente a ella, constituyendo un arma de disuasión (MAZEAUD/CHABAS).

### *a) Funciones*

*(i) Función indemnizatoria.* La cláusula penal tiene el rol de constituir la *indemnización* derivada del incumplimiento obligacional, pactado previamente por las partes. En consecuencia, y como se analizará, en principio es inmutable (pese a que los daños reales sean superiores o inferiores), y ninguna de las partes puede eximirse de su pago, alegando la inexistencia o la mayor cuantía de los daños (arts. 793 y 794 CCyC).

*(ii) Función compulsiva. Su carácter sancionatorio.* Como el deudor *ya conoce* cuáles serán las consecuencias de su incumplimiento, ello sólo incide sobre su ánimo para cumplir. Pero, además, la cláusula penal tiene un *sancionatorio* o *punitivo,* como *otras* sanciones civiles (§ 116). Como se ha señalado, sobre la base del constreñimiento apuntan al cumplimiento in natura, al pago con lo debido (MOSSET ITURRASPE). Ello se traduce, como se verá, en *un monto mayor* al pactado estrictamente como daño, que es el *componente punitivo.*

*(iii) Cláusula penal con función únicamente compulsiva.* En el art. 797 del CCyC se dispone: *"Opciones del acreedor. El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".*

Se contempla una excepción a la regla de la imposibilidad de acumular la cláusula penal compensatoria con la prestación principal: que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda

extinguida la obligación principal. En tal caso, debe concluirse que en rigor de verdad se ha pactado una cláusula penal *sin* función resarcitoria, solamente *con la finalidad de castigar el incumplimiento,* de "riguroso carácter penal" (DÍEZ PICAZO). Es una situación, si se quiere, algo anómala, pero *nada* impide que así sea, y de hecho la norma lo prevé. Sin embargo, "dada la gravedad que arroja este tipo de pactos, es menester que la acumulación surja de manera inequívoca", y si resulta abusiva o conduce a una situación inequitativa, podrá ser revisada (PIZARRO/VALLESPINOS).

### *b) Naturaleza. Momento de su constitución*

Emana, necesariamente, de un acuerdo de partes. Por tales razones el *acto* por el cual se constituye una cláusula penal, una disposición negocial (DÍEZ PICAZO), es un *acto jurídico* (art. 259 CCyC). La cuestión es trascendente, pues para ser válida la cláusula penal, no solamente la *obligación* debe reunir todos los requisitos establecidos en los arts. 725 y 726 del CCyC, sino que además ello acontece respecto de su *causa fuente generadora.*

Lo señalado guarda independencia con la causa generadora de la obligación a la que accede la cláusula penal. Lo común es que se pacte una cláusula penal concomitantemente con el nacimiento de una obligación de origen convencional. Sin embargo, nada obsta no sólo a que en el ámbito de estas últimas obligaciones *a posteriori* del nacimiento (pero siempre antes de su exigibilidad, desde que producido el incumplimiento habrá un acuerdo de fijación de los daños, generalmente transaccional) se pacte una cláusula penal; sino también *antes* de su nacimiento, desde que del mismo modo puede afianzarse una obligación futura (KEMELMAJER DE CARLUCCI). Asimismo, es posible pactar una cláusula penal para obligaciones de origen *legal.* En ambos casos, puede verse como la causa fuente generadora de la cláusula penal, se independiza de la de la obligación. Esta cuestión tiene sus proyecciones en lo atinente a la validez de la obligación principal y la de la cláusula penal (art. 801 del CCyC).

### *c) Caracteres*

De acuerdo a una clara síntesis efectuada sobre el tema (PIZARRO/VALLESPINOS), los caracteres de la cláusula penal son: 1) *Voluntaria* (surge necesariamente de la voluntad de las partes); 2) *Accesoria* (está ligada de manera indisoluble a la existencia y eficacia de una obligación principal a la cual accede); 3) *Condicional* (en el sentido de que su ejecutabilidad queda supeditada al incumplimiento de la obligación principal); 4) *Preventiva* (prefija anticipadamente la liquida-

ción de daños y perjuicios y, en su caso, establece una pena privada determinando su entidad); 5) *Subsidiaria* (desde que debe cumplirse la obligación principal, y sólo entra en su lugar en caso de incumplimiento); 6) *Definitiva* (operado el incumplimiento el acreedor tiene derecho a optar por ella, sin que importe el haber perdido el interés por la prestación principal); 7) *Relativamente inmutable* (no es revisable, salvo casos excepcionales, cuando es abusiva o ínfima); 8) *De interpretación estricta* (por ser un derecho de excepción del acreedor, con lo cual no se presume, debiendo ser alegada y probada por quien la invoca).

*d) Especies*

*(i) Cláusula penal compensatoria.* Es la que entra en lugar de la indemnización en caso de incumplimiento definitivo de la obligación.

*(ii) Moratoria. El caso de los intereses punitorios convencionales.* Es la que tiene por función el resarcimiento del daño derivado de la mora del deudor. De acuerdo a lo establecido en el art. 769 del CCyC, los intereses punitorios de origen convencional se rigen por las normas de la cláusula penal. Constituyen una cláusula penal moratoria, desde que en las obligaciones de dar dinero es impredicable el incumplimiento definitivo.

*e) Extensión de la cláusula penal*

Por lo común las partes pactan cláusulas penales con alcance *general* (sean moratorias o compensatorias), en el sentido de que no se indica *cuáles* son los daños y perjuicios a los cuales la indemnización pactada sustituye. El ejemplo típico son los intereses *punitorios* de origen convencional.

Sin embargo, no sólo en el marco de un contrato del que emergen múltiples obligaciones suele pactarse cláusulas penales particulares para cada obligación (y aquí la cuestión no varía de acuerdo a lo establecido en las reglas generales, desde que la cláusula penal accede a *una* obligación), sino que es posible que en el marco de *una sola obligación* las partes pacten una cláusula penal previendo el resarcimiento de *algunos* daños y excluyendo otros. Es que "las partes son, lógicamente, libres para unir la multa convencional a todos los eventos relacionados o a cualquiera de ellos en concreto" (DÍEZ PICAZO), incluso —por ej., sólo para el caso de incumplimiento doloso (LACRUZ BERDEJO).

Por cierto que si el pacto es expreso y claro, poco hay para interpretar, y deberán entenderse excluidos del ámbito de la cláusula los daños que han sido exceptuados, para cuyo resarcimiento regirán las normas generales (y sin perjuicio de la eventual invalidez de la cláusula por otras razones, como podría ser el abuso de una de las partes en perjuicio de la otra).

La cuestión se torna dificultosa cuando las partes han sido oscuras en sus expresiones, y surjan fundadas dudas de qué daños se han querido prefijar mediante este instrumento. Si bien la problemática no se encuentra exenta de polémicas, lo razonable es interpretar que en caso de duda, debe entenderse que la cláusula penal comprende *todos* los daños derivados del incumplimiento obligacional.

Las mismas consideraciones son aplicables si se ha determinado la cláusula penal en función de *una conducta específica*. Por ej., si se pacta que una cláusula penal para el caso en que el deudor incurra en mora por no presentarse al lugar de pago. Si se presenta, pero no cumple con la prestación, igualmente ingresa en mora, pero no se verifica el supuesto de hecho previsto por las partes para el nacimiento de la cláusula penal. En tal caso, la obligación accesoria no nace.

### *f) Su accesoriedad*

*(i) La regla general.* En el art. 801 del CCyC se dispone que *"la nulidad de la obligación con cláusula penal no causa la de la principal. La nulidad de la principal causa la de la cláusula penal..."*, en tanto que en el art. 802 se establece que *"Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal"*. Se trata, claramente, de los efectos propios del carácter *accesorio* de la cláusula penal (art. 857 CCyC), debiendo aclararse que *también* el efecto se produce si el cumplimiento de la obligación deviene imposible *por causas ajenas* al deudor, aunque en tal caso el criterio es más restrictivo, como lo analizamos más abajo (art. 792 CCyC).

*(ii) Una excepción aparente.* Se agrega en el art. 801 del CCyC que *"la nulidad de la principal causa la de la cláusula penal, excepto si la obligación con cláusula penal fue contraída por otra persona, para el caso que la principal fuese nula por falta de capacidad del deudor"*. Ello no constituye, en rigor de verdad, una alteración de las reglas de la accesoriedad. Es que el supuesto de hecho de la norma es, precisamente, la declaración de nulidad del acto por el que se contrajo la obligación principal, sólo para el caso en que ello fuera por causa de la incapacidad del deudor (de hecho o de derecho), y siempre

y cuando quien se obligue al pago de la cláusula penal sea un tercero (si fuera el deudor, rigen los principios generales). Se trata, más bien, de una *condición suspensiva*.

*(iii) El caso de las obligaciones "no exigibles". Inaplicabilidad.* En el art. 803 del CCyC se dispone: *"Obligación no exigible. La cláusula penal tiene efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que al tiempo de concertar la accesoria no podía exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley"*. Rectificando nuestro pensamiento anterior, y en función de la naturaleza que les hemos asignado a los *deberes morales relativos* contemplados en el art. 728 del CCyC, entendemos que la norma es *inaplicable* (v. *Obligaciones* § 64.f).

## § 161. Objeto de la cláusula penal

En el art. 791 del CCyC se establece que *"la cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero"*. Por ende, puede hacer nacer una prestación de dar, hacer o no hacer, debiendo distinguirse el *objeto del acto que genera la cláusula penal, del objeto de la cláusula penal en sí misma* (v. *Obligaciones* § 43 y 44). Generalmente se estipula en el pago de una suma de dinero pero, en función de la amplitud de la norma, *nada* impide que se establezca otro tipo de *obligación* como cláusula penal (BORDA), debiendo reunir los requisitos generales del art. 725 del código. *Siempre,* claro está, ha de tratarse de *obligaciones*, que pueden ser estipuladas a favor de las partes (por ej., los intereses punitorios), o también a favor de un tercero (por ej., en caso de incumplimiento, el deudor deberá entregar la suma $ 100.000 a una institución sin fines de lucro).

## § 162. El incumplimiento por causas imputables al deudor como condición para la exigibilidad de la cláusula penal

### *a) Regla general*

Sea la cláusula penal compensatoria o moratoria, existe un presupuesto esencial para que la obligación se torne exigible: el *incumplimiento imputable al deudor*, cuestión que hemos analizado previamente, a donde remitimos (v. *Obligaciones* § 383 y ss.). Por ello,

lo dispuesto en el art. 795 del CCyC para las obligaciones de no hacer, es sobreabundante.

### *b) Responsabilidad agravada del deudor*

Sin embargo, existe una situación particular. En el art. 792 del CCyC se dispone que *"el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente"*.

Se trata aquí de un *criterio especial* para valorar la *imputabilidad* (en sentido amplio) del incumplimiento del deudor respecto a la obligación principal, de cara a la existencia de una cláusula penal, y que motiva una solución especial, que es la propuesta en la norma.

En concreto, se adscribe ahora a la posición que sustenta que *cuando existe una cláusula penal se agrava la responsabilidad del deudor en el incumplimiento de la obligación principal.* En otras palabras: *la obligación con cláusula penal es cualitativamente diferente a la obligación sin ella, y su presencia se proyecta en la obligación principal.*

Sea la obligación de medios o de resultado, lo dispuesto en el artículo transita por el terreno del *nexo causal.* Si se invoca el *hecho ajeno, cuando existe una cláusula penal la interpretación de la eximente es mucho más estricta.* No significa esto una presunción de causalidad, ni mucho menos; sino que el criterio valorativo para determinar la ausencia de autoría en el incumplimiento es de excepción, pues el deudor, al pactar la existencia de una cláusula penal, asume *voluntariamente* una responsabilidad que es superior a la que ya existe sin este accesorio.

Por otra parte, el criterio *también* debe ser de severidad respecto de la responsabilidad del deudor a la hora de valorar su *culpa.* Es que "sepa el deudor de una obligación con cláusula penal que deberá extremar las precauciones que le imponen las circunstancias de persona, tiempo y lugar, porque el concepto de culpa 'se afina' cuando media una cláusula penal pactada" (KEMELMAJER DE CARLUCCI). Si bien nada se indica en la norma sobre el particular, es necesario concluir que si el factor de atribución de la obligación es subjetivo, *no muta a objetivo* por existir una obligación con cláusula penal. De todas maneras, si en el marco de la relación causal el criterio interpretativo se torna restrictivo para la liberación del deudor, *a fortiori* cabe arribar a igual conclusión en la apreciación de la culpabilidad.

## § 163. Funcionamiento de la cláusula penal

### *a) Cláusula penal moratoria*

Cuando el deudor incurre en mora (arts. 886 a 888 CCyC) ingresa en una *nueva* situación jurídica, que lo coloca en estado de *incumplimiento imputable*. No se encuentra eximido de cumplir, y de hecho continúa obligado, salvo que con posterioridad a su ingreso al *estado moratorio* la prestación se torne imposible, o bien desaparezca el interés del acreedor en el cumplimiento. La cláusula penal *moratoria* se hace allí exigible, *supliendo* la indemnización del daño moratorio (art. 793 CCyC). Como la mora supone la posibilidad de cumplimiento de la prestación principal, nada obsta —sino todo lo contrario— a que pueda acumularse la pretensión de cumplimiento con la del resarcimiento de los daños ocasionados.

### *b) Cláusula penal compensatoria*

*(i) Caracterización.* De lo dispuesto en el art. 797 del CCyC, surge que se trata de la que cumple la función de resarcir el incumplimiento definitivo de la obligación, imputable al deudor (arts. 955 y 956 CCyC). Entra, en definitiva, en reemplazo de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de tal situación.

*(ii) Opciones para el acreedor.* Se establece en el art. 797 del CCyC que *"El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio..."*. Como la cláusula penal *compensatoria* ingresa en reemplazo de la indemnización por el incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación, es de toda lógica concluir que no es posible acumular una pretensión de cumplimiento de la prestación, con la indemnizatoria derivada de la cláusula penal. Ambas, pues, *son excluyentes*. Ahora bien: el acreedor no se encuentra impedido de *elegir* cuál de las dos obligaciones exigir, aunque debe aclararse que aquí *no* se trata de una obligación alternativa irregular, sino de una situación diferente.

Cuando la obligación se torna exigible, si derechamente se ingresa en estado de incumplimiento definitivo, no queda más que reclamar el pago de la cláusula penal.

Si el deudor cae en mora, el acreedor tiene dos opciones: o bien *exige el cumplimiento de la prestación principal,* o bien *activa los mecanismos de ineficacia funcional del contrato que le dio origen*

(arts. 1077 y ss. del CCyC), caso en el cual allí se torna exigible la cláusula penal compensatoria. Si la obligación principal no tiene fuente contractual, la *pérdida del interés del acreedor* (art. 956 CCyC) trae aparejado el mismo efecto. Como puede observarse, en realidad no existe una obligación alternativa, sino la posibilidad de optar por dos tipos de *caminos* diferentes. Rige aquí también lo establecido en el art. 793 del código, en relación a que no puede el acreedor, aunque en los hechos lo haya padecido, reclamar una indemnización de una mayor cuantía.

*(iii) La excepción: cláusula penal* netamente punitiva. Como ya se analizó, esta cláusula penal puede exigirse *juntamente* con la reparación de los daños efectivamente sufridos.

### *c) Acumulabilidad de la cláusula penal moratoria con la compensatoria. Remisión*

Es de toda evidencia que ambas categorías se encuentran destinadas a situaciones jurídicas diferentes. Si la obligación ingresa directamente en estado de incumplimiento definitivo, una eventual cláusula penal moratoria perderá virtualidad, y nunca se tornará exigible. La *condición* (entendido el vocablo en sentido amplio) no se habrá cumplido y no se cumplirá. Ahora bien, puede ocurrir que el deudor *en un primer momento* ingrese en mora, y *luego* se produzca el incumplimiento definitivo. Si las partes pactaron una cláusula penal moratoria y otra compensatoria, *nada* obsta a que ambas se activen, pues responden a presupuestos no excluyentes el uno del otro (LLAMBÍAS). Lo que ocurre es que tendrán —valga la expresión— una *vigencia sucesiva:* la moratoria será exigible desde la mora hasta que acontezca el incumplimiento definitivo. *A posteriori*, únicamente lo será la compensatoria. Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1747 del CCyC, caso en el cual el juez puede morigerar la indemnización.

### *d) Imposibilidad (por regla) para el acreedor de reclamar una indemnización diferente, y del deudor (por regla) para eximirse en caso de inexistencia de daños*

La cláusula penal entraña, a la vez, ventajas y desventajas para las partes. Les otorga certidumbre en relación a los efectos de un eventual incumplimiento. Evita la necesidad de tener que *acreditar* la existencia y cuantía de los daños, tanto en el marco de un proceso judicial, cuanto en el de una disputa extrajudicial.

Además, por regla, si el acreedor en los hechos sufriera un daño mayor al contemplado, no puede exigir el pago de la diferencia; inver-

samente, si el deudor acreditare que el acreedor no sufrió daño alguno, tampoco puede eximirse de pagar la cláusula penal (art. 794 CCyC). Éste es el *costo de la certidumbre, de despejar la aleatoriedad.* Por regla, entonces, la cláusula penal es inmutable, aunque existen excepciones que se analizan más abajo.

### e) La cuestión en las obligaciones de sujetos múltiples

Se presenta una situación harto particular, contemplada en los arts. 799 y 800 del CCyC. En ellos se dispone: "*Divisibilidad. Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurre en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal*"; "*Indivisibilidad. Si la obligación de la cláusula penal es indivisible, o si es solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera*". Ambos artículos suponen la existencia de una obligación de sujetos múltiples, lo que motiva la necesidad de analizar la naturaleza del objeto (divisible o indivisible), y la naturaleza de los vínculos (simplemente mancomunados o solidarios).

*(i) Obligación principal solidaria.* En este caso, no interesa la naturaleza del objeto de la cláusula penal: cada deudor debe su totalidad (art. 838 CCyC - *Obligaciones* § 247).

*(ii) Obligación principal simplemente mancomunada.* En este caso, a fin de determinar el régimen de responsabilidad rigen las normas de la divisibilidad o indivisibilidad. En ambos casos (arts. 808 y 819 CCyC - *Obligaciones* § 211 y 223), los efectos del incumplimiento en principio no se propagan entre codeudores, pero aquí hay soluciones específicas. Así las cosas (PIZARRO/VALLESPINOS):

*(ii.1) Obligación principal y cláusula penal divisibles.* En este caso, cada codeudor debe la cláusula penal en proporción a su parte en la obligación.

*(ii.2) Obligación principal y cláusula penal indivisibles.* Cada codeudor debe la totalidad de la cláusula penal.

*(ii.3) Obligación principal divisible y cláusula penal indivisible.* Prevalece la naturaleza de la cláusula penal y cada deudor la debe en su totalidad, sin perjuicio de las posteriores acciones de reintegro. Si existe pluralidad activa, cada acreedor también la puede reclamar en su totalidad.

*(ii.4) Obligación principal indivisible y cláusula penal divisible. Situación de excepción.* Aquí, cada deudor la debe en proporción a su parte en la

obligación. Si existe pluralidad activa, cada acreedor sólo puede reclamar su parte. Ello importa una *excepción* a lo dispuesto en el art. 815 inc. d) del CCyC (v. *Obligaciones* § 217.d).

*(iii) Obligación principal simplemente mancomunada y cláusula penal solidaria.* Si se presenta el extraño caso en que la obligación principal sea simplemente mancomunada, pero la cláusula penal solidaria, a esta última se aplican las reglas de la solidaridad.

### *f) El caso particular del art. 796 del Cód. Civil y Comercial*

Allí se dispone que *"el deudor puede eximirse de cumplir la obligación con el pago de la pena únicamente si se reservó expresamente este derecho"*. En rigor de verdad, no existe aquí una verdadera cláusula penal, sino una obligación *facultativa*, denominada *pena facultativa* (LACRUZ BERDEJO); pero con alguna particularidad especial. Se contempla aquí el caso de una cláusula penal de naturaleza *compensatoria*, desde que lo previsto es el *reemplazo* de la obligación principal por la pena. Es de la esencia de la figura que la pena supla a la obligación principal *en caso de incumplimiento imputable al deudor.* Sin embargo, aquí directamente, se le concede al deudor la posibilidad de liberarse entregando, a su arbitrio (porque *"puede"*), la "pena".

De todas maneras, cabe apuntar una circunstancia de no menor entidad. Si bien el deudor tiene la posibilidad de liberarse de tal manera, como en toda obligación facultativa, el acreedor únicamente le puede exigir el pago de la prestación principal. Si el deudor incurre en incumplimiento definitivo imputable, el acreedor puede exigir el pago de la pena, *pero no en razón de que se esté en presencia de una obligación facultativa, sino porque además la prestación facultativa constituye una cláusula penal.* La obligación accesoria tiene, pues, ese doble carácter.

### *g) Disminución proporcional de la cláusula penal*

En el art. 798 del CCyC se establece que *"si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente"*.

Cuando se presenta tal situación, la cláusula penal debe disminuirse proporcionalmente al pago efectuado. Es que si su función es la de resarcir daños y castigar el incumplimiento, ante la existencia de un pago, aunque irregular, el principio de enriquecimiento sin causa impone una adecuación (en el caso, *disminución*) de la cláusula penal,

pues en parte el acreedor se ha visto beneficiado con el cumplimiento obrado por el deudor.

En ciertos casos resulta sencillo establecerlo, sobre todo cuando la prestación principal es de dar dinero o de género. En otros, será más dificultoso, porque entran a tallar elementos *cualitativos* (por ej., el *modo* de cumplimiento en una obligación de hacer), o de circunstancias relativas al cumplimiento, que pueden problematizar la determinación de la *proporción* en que debe ser reducida. Si las partes no se ponen de acuerdo, el juez deberá determinarlo. Si la cláusula penal consiste en el cumplimiento de una obligación indivisible, la solución podrá ser —para evitar el enriquecimiento sin causa— o bien que el deudor la cumpla y el acreedor efectúe los reintegros correspondientes en dinero; o bien la situación inversa. El juez deberá también valorar la situación en el caso concreto, a fin de lograr la mejor solución en el conflicto de intereses.

## § 164. Modificaciones a la cláusula penal: el principio de inmutabilidad relativa

### *a) Inmutabilidad relativa*

Luego de disponerse en el art. 794 del CCyC que la cláusula penal es inmutable, y que el acreedor no tiene la carga de probar que ha sufrido daños (ni el deudor puede liberarse de cumplirla probando que no existieron daños), se establece una importante excepción: *"Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".*

La regla es la *conservación* y *estabilidad* de la cláusula penal, en razón de ser el fruto de un acto *voluntario*. Sin embargo, en la historia de la humanidad los abusos perpetrados en perjuicio de las personas débiles ha sido una constante, que el Derecho ha buscado corregir, desde sus mismos comienzos. En nuestro tema, la cuestión es palpable en las obligaciones de dar dinero y su derivación patológica: *la usura*. La *asimetría negocial* golpea en los cimientos del acto jurídico y lo desnaturaliza. Las *cláusulas abusivas*, sea o no el contrato de consumo, constituyen una realidad que el derecho abroga y busca evitar por todos los medios.

### *b) Ámbito de aplicación de la norma*

Sin perjuicio de esta norma, cuando se trata de una relación de consumo, o de un contrato por adhesión a cláusulas generales predis-

puestas, la cuestión de su inmutabilidad relativa debe valorarse a la luz de lo dispuesto los arts. 987 a 989 y 1117 y ss. del CCyC. En tales situaciones, existe ya una *presunción de debilidad negocial* que, por ser tal, no necesita ser acreditada; y sin perjuicio de la aplicación *supletoria* del art. 794 del CCyC, para la determinación de las restantes cuestiones.

*c) Parámetros para la determinación de una cláusula penal abusiva*

Existe una *combinación* de diversos factores *objetivos* y *subjetivos* que, de presentarse, llevan a concluir en la existencia de una cláusula penal abusiva y que, en principio, permitirían considerar que aquí se estaría en presencia de un caso particular de *lesión* (art. 332 CCyC); sin embargo, la cuestión adquiere algunos matices particulares.

*(i) Elemento subjetivo del deudor.* Es la situación de inferioridad, de la que el *acreedor se aprovecha abusivamente.* Con excepción de lo ya señalado respecto a las relaciones de consumo y los contratos por adhesión, es *el deudor* quien debe acreditar su situación de inferioridad, aunque la exigencia se aligera notablemente.

*(ii) Elemento subjetivo del acreedor.* Se trata del *el aprovechamiento abusivo,* y rige aquí la regla del art. 332 del CCyC, dispuesta para la lesión: *se presume,* iuris tantum, si se acredita la notable desproporción (el elemento objetivo). La prueba en contrario pesa sobre el acreedor.

*(iii) Elementos objetivos.* Son tres, y actúan en intrincada interacción: la *gravedad de la falta,* el *valor de las prestaciones* y las *demás circunstancias del caso.*

*(iii.1) Las prestaciones.* Deben ser entendidas en sentido amplio, comprensivo el concepto de *todo interés legítimo* que tenga el acreedor en el cumplimiento (A. ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA). Es esencial, para ello, tomar como punto de referencia el valor de los *daños* a los que la cláusula penal suple, pero *adicionándosele el componente punitivo.* Esto es: si la cláusula penal es *moratoria,* habrá que determinar el valor del *daño moratorio.* Si es *compensatoria,* el valor del daño derivado del incumplimiento definitivo. Pero, además, *siempre* debe sumarse el *plus* de *sanción* que es propio de la cláusula penal. No se trata, en otras palabras, de una simple comparación con los daños *reales,* sino que éstos son el punto de partida.

*(iii.2) Las circunstancias*. Existen también otras circunstancias que el caso puede presentar, y que no deben ser obviadas del análisis: la naturaleza de la obligación, la situación de las partes, los actos que han otorgado (si es que algunas prestaciones se han cumplido), eventuales gastos en que hayan incurrido, eventuales beneficios que hubieran experimentado, etc.

*(iii.3) Gravedad de la falta*. Se refiere a un *juicio de reproche* de la conducta del deudor el cual, que aparentemente sería sólo viable en el caso de que la obligación principal tenga un factor de atribución *subjetivo*. Sin embargo, en las obligaciones de resultado, podrían surgir elementos que evidenciaran alguna inconducta del deudor de cierta gravedad, sobre todo por sus proyecciones concretas (por ej., un incumplimiento contumaz), y que no puede ser soslayado por el juzgador.

### *d) La readecuación de la cláusula penal*

Acreditados los requisitos de procedencia, el juez deberá declarar su nulidad, que es *parcial* (arg. arts. 332 y 389 CCyC), y proceder a su *reajuste*. Según calificada doctrina se trata de una acción de modificación o de revisión (KEMELMAJER DE CARLUCCI). Cabe recalcar que, en razón de la existencia del componente *punitivo*, el resultado de la adecuación no debe equipararse a los daños realmente producidos, sino que ello constituye un *piso* que, prudencialmente, deberá ser elevado por el sentenciante, para así evitar desnaturalizar la figura la que, en definitiva, fue lo que las partes quisieron al pactarla. Se trata, en otras palabras, de valorar la situación a la luz de los múltiples elementos que la conforman.

### *e) La especial situación de las cláusulas penales dinerarias*

Corresponde distinguir *dos* situaciones que traen aparejados efectos diversos, y que se vinculan con la *naturaleza* de la obligación principal incumplida.

*(i) Obligación principal que no es de dar dinero. Mora en la cláusula penal.* En tal caso, si se pacta una cláusula penal a pagar en moneda, no constituye un *interés punitorio*. Por tal motivo su cuantificación depende de *otras* circunstancias, *diferentes* a los parámetros a tener en cuenta para la determinación de tales intereses, ya que no se trata aquí de resarcir el daño derivado de una obligación de dar dinero. El ejemplo más usual, es la "multa" que las partes pactan en un contrato de locación, como cláusula penal moratoria, por la mora en la entrega del inmueble una vez vencido el contrato (generalmente, se establece una suma

diaria). En tal situación, el *valor locativo* anterior será sólo un elemento que conforme el punto de arranque para determinar el valor de la cláusula penal, ya que habrá otras circunstancias que, explicitadas o no por las partes, puedan llegar a incidir notablemente para justificar el valor asignado a la obligación accesoria.

Diferente es, en tales situaciones, la *mora* en el pago de la cláusula penal misma. Allí sí se trata de una obligación de dar dinero, y en principio, debería devengar intereses (moratorios —art. 768 CCyC—), si bien la cuestión presenta sus bemoles.

Por ej., si se pacta el pago de una cláusula penal *compensatoria* de $ 10.000, y ésta se hace exigible sin que el deudor la cumpla, el acreedor podría reclamar su pago con más los intereses por mora. En el caso, recién citado, de los daños derivados por la falta de entrega del inmueble vencido el contrato de locación, probablemente sea necesaria la intervención judicial para *reducir* tales intereses (art. 771 CCyC).

*(ii) Obligación principal que es de dar dinero*. En este caso, la cuestión difiere notablemente. Nos encontramos frente a *intereses punitorios de origen convencional,* y que se rigen por las normas de esta sección, de acuerdo a lo establecido en el art. 769 del CCyC.

La *readecuación* deberá también que ser efectuada teniendo en cuenta *todas* las circunstancias que rodean la obligación principal incumplida, y no hacer tabula rasa fijándose una única tasa de interés punitorio para todos los casos. Es que no es lo mismo incumplir un contrato de mutuo dinerario, que el pago de expensas comunes de una unidad de propiedad horizontal, desde que en este último caso, en razón de las cuestiones de interés general que se ven involucradas en razón del mantenimiento del edificio (por razones de seguridad), se justifica una tasa de interés punitorio de cierta entidad. Y no debe olvidarse el *componente punitivo* de la cláusula penal.

### *f) La intervención de oficio por los jueces*

No cabe dudar que cuando el orden público se encuentra comprometido, los jueces *deben* intervenir de oficio, reduciendo las cláusulas penales abusivas, y sea cual sea la naturaleza del proceso (incluso, por ende, en el juicio ejecutivo). Tal situación es evidente en el marco de las relaciones de consumo, y también en los contratos por adhesión a condiciones generales. La cuestión es más delicada en el ámbito de las obligaciones de dar dinero no emanadas de las fuentes recién citadas, desde que si bien por un lado la cuestión se encuentra fuertemente imbuida de orden público, por el otro —como se ha visto— las muy diversas situaciones en las que se genera una obligación de dar dinero pueden justificar, incluso sobradamente, tasas de interés que *prima facie* lucirían abusivas. Debe ello ser valorado por el juez con *suma prudencia;* y no cabe dudar que si en forma palmaria, manifiesta y ostensible, sin necesidad de cualquier otra indaga-

ción, investigación o prueba, la cláusula es abiertamente abusiva, corresponde *de oficio* su morigeración (por ej., una tasa de interés del 100% anual en un mutuo dinerario). Es que, de lo contrario, no sólo el juez estaría convalidando el otorgamiento de un acto jurídico de *objeto ilícito*, sino que además permitiría, legitimándolo con su resolución, el enriquecimiento sin causa del acreedor.

### *g) Las cláusulas penales ínfimas*

Si bien la norma no las contempla, la situación inversa puede también presentarse. Esto es: que se pacte una cláusula penal cuyo monto, también en forma desproporcionada y configurándose un abusivo aprovechamiento de la situación del *acreedor*, sea ostensiblemente exiguo en función de las circunstancias del caso concreto.

Existe hoy consenso en considerar estas cláusulas como veladas cláusulas de eximición de responsabilidad (PIZARRO/VALLESPINOS) pues, por citar el ejemplo más grosero, pactar una cláusula penal de $ 1, y no responder, es, esencialmente, lo mismo.

En el ámbito de las relaciones de consumo y de los contratos por adhesión a condiciones generales, la cuestión tiene recepción normativa, desde que son inválidas aquellas cláusulas que importan renuncia o restricción a los derechos de la parte débil, o que desnaturalizan el contrato (arts. 988, 1117 y 1119 CCyC; art. 37, ley 24.240). Fuera de estos casos, la solución se mantiene, desde que tales situaciones importan indudablemente un supuesto de *desnaturalización* de la obligación (cualquiera sea su fuente), rayana con la condición puramente potestativa, que es una condición prohibida pues desnaturaliza a la obligación; e *in re ipsa* es prueba de la existencia de mala fe.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de análisis económico del Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

ACCIARRI, Hugo A., "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), p. 3; IMP 2016-1-208.

ACCIARRI, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LL del 15/7/2015, p. 1.

ANDRADA, Alejandro D., "Indemnización por lesiones", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 219 y ss.

GHERSI, Carlos A., "Cuantificación del valor de vida económica e incapacidad. Incongruencias del Código Civil y Comercial de la Nación. Arts. 1745 y 1746", LL del 6/11/2015, p. 3.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Medios compulsivos en Derecho Privado*, Ediar, Buenos Aires, 1978.

PADILLA, René A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis - PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "La indemnización en forma de renta. Estudio de derecho comparado", en *Revista Jurídica de San Isidro*, n. 15, dic. 1979/ene. 1980.

PITA, Enrique M., "La indemnización del lucro cesante y la pérdida de chance. Delimitación del daño resarcible", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 189 y ss.

ROBLES, Martín Cruz, "Indemnización por muerte", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

SÁNCHEZ TORRES, Julio C., "Indemnización por lesiones", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

VIRAMONTE, Carlos I., "Indemnización de daños no patrimoniales", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

TERCERA PARTE

# LAS DIVERSAS TIPOLOGÍAS DE LA RESPONSABILIDAD

CAPÍTULO X

# LAS TIPOLOGÍAS ESENCIALES

## § 165. Introducción

Luego del desarrollo de los aspectos generales de la responsabilidad civil en las cuatro primeras Secciones del Capítulo 1, Título V del Libro Tercero del CCyC, se regulan en las Secciones 5°, 6° y 7° lo que podríamos denominar "tipologías" de la responsabilidad. Se trata de *tres* grandes géneros que luego se proyectan a las llamadas "responsabilidades especiales" (que son los supuestos particulares de responsabilidad especialmente legislados), en donde las *reglas generales* de cata tipología se concretan de acuerdo a la situación que cada caso particular presenta, tributarias del género, aunque con soluciones específicas. En algunos casos, derechamente se presenta un tipo de responsabilidad, y en otros confluyen.

Daniel PIZARRO y Fernando MÁRQUEZ, Profesores Titulares de la Cátedra de Derecho de Daños de la Universidad Nacional de Córdoba, elaboraron el nuevo programa de la asignatura bajo este esquema, que nos parece sumamente didáctico, y que seguimos —en esta parte— a nivel estructural. Desarrollamos en este capítulo cada una de ellas, y más adelante algunas de las principales responsabilidades especiales.

## I. RESPONSABILIDAD DIRECTA (O POR EL HECHO PROPIO)

### § 166. Caracterización

#### *a) Responsabilidad directa e indirecta*

La *Responsabilidad Directa* (como se la denomina en el CCyC) o *por el Hecho Propio*, constituye la primera y más elemental noción de

responsabilidad: antes que nada, una persona debe dar cuenta de las consecuencias de los actos que ha obrado individualmente, de aquéllos que han sido de *su propia autoría.*

Pero si bien constituye el punto de partida, la atribución de responsabilidad no se agota en este único supuesto, ya que también el ordenamiento la asigna frente al hecho dañoso producido por otras personas o por cosas con las cuales el "responsable no autor directo" tiene un vínculo de derecho con aquéllas; lo que justifica tal asignación de responsabilidad.

Se afirma, a modo de axioma, que la responsabilidad indirecta es excepcional, ya que cada persona debe responder únicamente de las consecuencias que acarrea su propia conducta: "la responsabilidad por el hecho propio es lo corriente, normal y ordinario, en tanto que la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno constituye algo excepcional, y por ende menos corriente, acotado por la ley a los supuestos puntualmente establecidos en ella", no existiendo —por ende— una regla de "responsabilidad general" por el hecho ajeno (TRIGO REPRESAS); como así tampoco por el hecho de las cosas.

De todas maneras, y si bien en los tiempos que corren la regla, desde lo conceptual, se ha mantenido inalterada, lo cierto es que la tendencia en materia de responsabilidad refleja es *expansiva*, en el sentido de que, de modo creciente, se han ido incorporando mayores supuestos de responsabilidad indirecta.

### *b) La cuestión en el Cód. Civil*

Se encontraban allí reguladas la responsabilidad directa, y la indirecta por el hecho ajeno y el hecho de las cosas. La responsabilidad indirecta era excepcional, pese a que en el decurso de la vigencia del Cód. Civil se fueron incorporando normativa y jurisprudencialmente cada vez más supuestos. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ambas especies tenían anclaje normativo, y se encontraban regulados varios supuestos. En el ámbito de la responsabilidad contractual existían disposiciones relativas a la responsabilidad directa, pero no a la indirecta; lo que no impidió su desarrollo, por aplicación analógica —esencialmente— del art. 1113 del Cód. Civil. La incorporación, por la ley 17.711, de la responsabilidad objetiva en el art. 1113 del Cód. Civil, permitió el desarrollo de dicha responsabilidad, no sólo en la refleja, sino también en la responsabilidad *directa* (especialmente, en el terreno de las *actividades riesgosas*). Lo propio en la responsabilidad por incumplimiento obligacional, a partir de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados.

*c) La cuestión en el Cód. Civil y Comercial*

Se han producido algunas modificaciones de importancia, como, por ej., en materia de *daño involuntario* y en la *responsabilidad por omisión;* aunque en términos generales es posible afirmar que lo que ahora se regula es fruto de la interpretación mayoritaria que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en forma pretoriana, fueron construyendo trabajosamente durante décadas.

## A. RESPONSABILIDAD POR ACTOS OBRADOS DE MANERA INDIVIDUAL

### § 167. Determinación de la autoría del hecho en las dos órbitas de la responsabilidad. Remisión

Se trate del deudor de una obligación, o de un hecho dañoso no justificado (fuera del ámbito obligacional), la determinación de la *autoría material* se rige por las normas generales establecidas para la *Relación Causal,* y en función de la *Teoría de la Causalidad Adecuada.* En el art. 1749 del CCyC derechamente se señala que "es responsable directo" quien "incumple" una obligación u "ocasiona" un daño no justificado, sin otra precisión, lo que antes también así se indica en el art. 1716 del CCyC. Estas normas deben combinarse con lo dispuesto en los arts. 1729 a 1733 del CCyC (las eximentes de la relación causal - § 60 y ss.).

Así, pues, frente a la participación causal (desde la óptica de la *causalidad material*) por parte del sindicado como responsable directo, la determinación de la *autoría* en el hecho en concreto se resolverá por la aplicación de las reglas contenidas en las normas recién indicadas.

Cabe recordar que en materia de *incumplimiento obligacional* no es indispensable, para atribuir responsabilidad al deudor, la causación de un daño resarcible (v. *Obligaciones* § 388 y 419 y ss.).

### § 168. Autoría por Acción u Omisión. Ensanchamiento de la Omisión. Remisión

El art. 1749 del CCyC efectúa expresa referencia a la "acción" y a la "omisión", conductas éstas predicables tanto del incumplimiento obligacional (por lo general es la *omisión* la que genera la respon-

sabilidad), como de los restantes actos dañosos no justificados. La determinación de la autoría de una conducta en la que ha mediado *acción* resulta comparativamente más sencilla que en la omisión, pues se trata de una conducta positiva que modifica el estado de cosas circundante.

Como ya se ha señalado (§ 35 y 57), en el CCyC se ha consagrado un cambio de suma importancia, pues no solamente se señala sin más aditamentos, en el art. 1749, que se responde "por acción u omisión", sino que en el art. 1710 del CCyC se consagra un fortísimo deber jurídico de prevención del daño, inclusive si éste se produjera por el hecho de un tercero ajeno.

El cambio es cualitativamente trascendente, pues desaparece la previsión normativa que exigía la imposición legal *expresa* de obrar; y se recepta, finalmente, el *deber genérico de actuar para evitar daños*, lo cual, ante la omisión en el caso concreto (y en las condiciones establecidas en la norma), permite concluir sin hesitación que, verificada la situación a la luz de las reglas de la causalidad adecuada, el *omitente* deberá ser considerado *responsable directo,* sin perjuicio de la responsabilidad eventual de otros sujetos, si existieren. En este marco, y ante la ausencia de una norma específica que imponga en concreto el debe de actuar (aquí el problema planteado desaparece), el rol de los jueces es trascendente, ya que deberán establecer si dicha conducta correspondía o no al agente omisivo, en función de lo que de ella dependa en el caso concreto.

### § 169. El factor de atribución

La coexistencia de factores de atribución subjetivos y objetivos alcanza, como es natural, a la responsabilidad directa. En el terreno obligacional, dependerá de si la obligación es de medios o de resultados (v. *Obligaciones* § 194 y ss.). En el ámbito extracontractual, en cada caso la ley establece el factor de atribución, debiendo advertirse que en el caso de las *actividades riesgosas,* cuando la responsabilidad es directa, el factor de atribución también es *objetivo* (art. 1757 CCyC).

### § 170. La responsabilidad por incumplimiento obligacional y contractual. Remisión

Hemos desarrollado la cuestión en *Obligaciones,* capítulos 25 a 28 (§ 383 y ss.), y en esta obra (§ 121 y ss.).

## § 171. Responsabilidad por actividades riesgosas. Remisión

La tratamos más adelante, en este mismo capítulo, juntamente con la responsabilidad por el hecho de las cosas.

## § 172. Responsabilidad por daños causados por actos involuntarios

### *a) Las tres etapas*

El problema ha sido objeto de un interesante progreso en nuestro ordenamiento, pudiendo afirmarse que el art. 1750 del CCyC importa el grado máximo de evolución de la figura, llevándola hasta los extremos en donde resulta jurídicamente viable asignar responsabilidad y —consecuentemente— generar una obligación resarcitoria a cargo de quien ha causado daños frente a la víctima, pese a haber obrado sin voluntad jurídica. Se trata aquí de determinar, mediando un acto *involuntario* (esto es, obrado sin discernimiento, intención o libertad moral), y cuando éste causa daños, si su autor debe o no responder por ellos; y, en caso afirmativo, cuáles son las condiciones que debe reunir el hecho jurídico generador, y cuál es la extensión de dicha responsabilidad.

*(i) El Cód. Civil.* En el art. 900 del Cód. Civil, se disponía que *"Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna"*. Además, el art. 907 —texto originario— rezaba: *"Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido"*.

La norma, en apariencia indiscutible, reconocía su filiación en el Cód. Civil francés, desde que no quedaba habilitada acción de daños alguna, si el acto no era obrado con culpabilidad, lo que presuponía una *voluntad plena*. Fue objeto de fundadas críticas, en especial por AGUIAR quien marcó los caminos señalando que "en todos los códigos y proyectos que aceptan el principio de la reparación del daño ocasionado involuntariamente, la reparación se sanciona, ordinariamente, según fuere la situación de las partes y teniendo en cuenta los principios de la equidad".

*(ii) La ley 17.711. Su interpretación.* En la reforma de 1968, se agrega un párrafo al citado art. 907 del Cód. Civil, que reza: *"Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho, y la situación personal de la víctima"*.

La doctrina y la jurisprudencia contribuyeron a perfilar los alcances de esta norma, y su caracterización puede resumirse en lo siguiente: 1) Es una cuestión emplazada en el ámbito de la *responsabilidad civil,* excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva. 2) El acto *involuntario* es, precisamente, un *acto*. No se trata, pues, de un hecho de la naturaleza. 3) Queda excluido de esta categoría el hecho obrado bajo violencia *física* (la *fuerza física irresistible*), ya que el agente obra como un instrumento de la fuerza que lo impulsa, no existiendo el mínimo de participación subjetiva que requiere el "acto" para ser tal. 4) El ingreso *voluntario* a una situación de *involuntariedad* no excusa la responsabilidad de su agente, bajos las reglas generales, ya que el acto debe reputarse como *voluntario* (arg. art. 1070 del Cód. Civil). 5) Las reglas de la *relación causal* son las generales. 6) El *factor de atribución* es aquí especial: se trata de la *equidad,* ya que como se prescinde absolutamente de la idea de culpabilidad (que nunca podría existir, al faltar voluntariedad), la atribución *axiológica* del acto a su autor se funda en la razón apuntada (BUSTAMANTE ALSINA). Es su única justificación científica (PALMERO). 7) La responsabilidad en estudio se aplica tanto para los casos de responsabilidad contractual (u obligacional) como extracontractual (KEMELMAJER DE CARLUCCI/PARELLADA, CIFUENTES). 8) La *asignación de responsabilidad* al autor de los daños, deriva —además de que se verifiquen el nexo causal y la antijuridicidad de la conducta— de la conjunción de las dos circunstancias que la norma indica: la situación *personal* de la víctima, y la situación *patrimonial* del victimario. 9) Las *reglas de equidad* que deben aplicarse son únicamente las indicadas en esta norma, y no otras que, eventualmente, importen una modificación de los presupuestos de la obligación de reparar, o bien una alteración de las reglas que rigen la obligación resarcitoria. 10) Se señala, en términos generales, que es facultativo para el juez determinar la, procedencia de esta indemnización excepcional (LLAMBÍAS, PALMERO).

*(iii) El Cód. Civil y Comercial de la Nación. El fin de la evolución.* Se dispone en el art. 1750 del CCyC: *"Daños causados por actos involuntarios. El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el art. 1742. El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza"*. A su vez, en el art. 1742 se establece: *"Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable"*.

La eliminación del casuismo y la concepción del "acto involuntario" que emerge de los arts. 260 y ss., lleva a concluir que quedan emplazados en la categoría aquéllos en los que, cuando se obra, falta el *discernimiento*, la *intención* y los realizados bajo *amenazas*.

### *b) La Equidad como factor de atribución*

La *equidad* es el *factor de atribución* que permite, axiológicamente, imputar el acto a su autor. En función de que hay "responsabilidad *plena*" —en palabras de la Comisión que elaboró el Anteproyecto— debe entenderse que *en todos los casos de actos involuntarios en los que se ha causado un daño injusto, la atribución de responsabilidad se funda en la equidad.* Existe, pues, una combinación entre *causalidad* (pues no se duda de la *autoría* del suceso dañoso en cabeza de quien ha obrado involuntariamente), y *solidaridad humana,* que "no debe ser una palabra vana, una simple frase, urge convertirla en una realidad, desde que es condición de existencia, tal vez, único medio que nos aproxima al ideal de derecho, y en consecuencia, los hechos que la consagran pueden ser exigidos, constituir normas de las acciones humanas" (AGUIAR). Y agrega: "la solidaridad es un fenómeno natural de la sociedad que domina la historia, no puede permanecer como una simple concepción ideológica que postula, como conclusión, la ayuda mutua abandonada a los espontáneos impulsos de los individuos; porque sería, como el derecho sin la coacción, una espada sin filo ni punta".

### *c) La inversión de la regla. Atenuación de la responsabilidad*

Los autores del Anteproyecto, en los Fundamentos, señalan que *hay responsabilidad plena,* salvo que el juez decida atenuarla por razones de equidad": se produce *la inversión de la regla del Cód. Civil,* ya que *la misma razón de equidad que actúa como factor de atribución es la que de manera excepcional puede autorizar la atenuación de tal responsabilidad,* en excepción a la regla de la reparación plena.

Como se ve, la equidad funciona en un doble plano: es el *factor* de atribución de los daños causados por actos involuntarios (derivado de la causación de un *daño* injusto); y, a la vez, actúa como *elemento atenuante de la responsabilidad.* Por ello, el juez, al momento de sentenciar, deberá efectuar un doble análisis: primero, establecer si la *equidad* autoriza a atribuir o no responsabilidad. Si la respuesta es *positiva,* atribuirá responsabilidad a su autor, y —eventualmente— por razones también de *equidad* podrá atenuarla.

*El criterio valorativo se amplía: no se trata ahora solamente, de establecer la medida de la atenuación en función de la situación patrimonial del responsable y la situación personal de la víctima, sino que también deben valorarse "las circunstancias del hecho".* Respecto a

la *medida* de la atenuación, esta puede ser *cualitativa* o *cuantitativa*, incluso estableciendo la irresponsabilidad.

### *d) Existencia de un "acto". La problemática de los actos reflejos y los obrados bajo una fuerza física irresistible*

Del art. 1750 del CCyC, queda en claro ahora que no se trata sólo de un *Hecho Jurídico*, sino además —dentro de sus especies— de un *acto*, esto es, un *hecho humano*.

*Subsiste el problema respecto de los actos "automáticos o reflejos"*, sobre los que nada se dice. Si se los considerara sin más como *hechos naturales*, al no ser *actos*, quedarían excluidos de la solución del art. 1750, pues se equipararían al caso fortuito, y —por ende— su agente no respondería por los daños causados (arts. 1730 y 1733 CCyC) al no existir *autoría*.

Ante tal carencia, entendemos que debe distinguirse los actos *reflejos* (a los que cabe agregar los movimientos que se verifican en determinadas condiciones patológicas), que *no* expresan de ninguna manera las tendencias y el carácter de su autor; de los *instintivos* (determinados por impulsos internos) y los *habituales* (originariamente voluntarios, pero automáticos, por repetición) (MAYO). En los dos últimos, como tienen "valor sintomático de la personalidad humana" (MAYO), *hay acto;* contrariamente a los *actos reflejos*, los estados de inconsciencia total, las actitudes de de una persona en determinadas condiciones patológicas o mórbidas, aunque en muchos casos existen situaciones harto dudosas (BUERES).

En función de ello, debe concluirse que los actos *reflejos* del hombre deben ser considerados *hechos jurídicos naturales* y, por ende, el sujeto queda *liberado* de responsabilidad si causa un daño en esas condiciones. Es que el art. 1750 del CCyC sólo se refiere a "actos". De todas maneras, cargará con la *prueba* de la existencia de dicha situación (arg. arts. 1734 y 1735 CCyC), asumiendo las consecuencias negativas en caso de incerteza (se entenderá que hubo un *acto*). En los restantes supuestos, habrá *acto*, que cuando deba reputarse *involuntario*, activará —si se ocasiona un daño— la solución del art. 1750 del CCyC.

Pero hay que analizar cada situación en concreto.

En primer lugar si el sujeto provoca de alguna manera esta situación (por ej., una persona con epilepsia que no toma los medicamentos que le han sido

prescriptos, y causa un daño en un trance de su enfermedad), deberá considerarse que es "culpable" del "caso fortuito", y por ende, responderá no ya bajo el imperio de lo establecido en el art. 1750 del CCyC, sino bajo las reglas de los actos voluntarios (arg. arts. 1733 inc. d] y 1749 CCyC).

Además, si se trata de un caso de responsabilidad objetiva por actividades riesgosas, y la situación constituye una "contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad" (por ej., el caso del siniestro automovilístico producido por una descompensación del conductor), contemplada en el art. 1733 inc. e) del CCyC, la cuestión se resolverá por las reglas de dicha responsabilidad objetiva, y no por las del art. 1750 CCyC. Es que, en tales situaciones, habrá que analizar si se está en presencia de "un casus *interior* o interno (conexo o inherente al riesgo de la cosa)" que no puede ser computado como caso fortuito, "pues está *dentro* del riesgo propio o específico de la cosa o de la actividad desarrolladas y no es, por ende, extraño o ajeno al responsable" La 'interioridad' del hecho lo torna previsible objetivamente" (PIZARRO).

Por último, y fuera de estos casos, debe imperar la regla general: en los actos *reflejos y los asimilables a éstos* no hay *acto*, sino *hecho de la naturaleza,* por lo cual no hay autoría del sujeto, sino caso fortuito; no así en los *instintivos* y en los *habituales.*

### *e) La obligación resarcitoria*

Existe, por una parte, responsabilidad *directa* del autor del acto involuntario, sin ser subsidiaria a la de los restantes legitimados pasivos (LÓPEZ HERRERA), si existieren; y sin perjuicio de las responsabilidades concurrentes derivadas de la representación legal, o de otras personas encargadas (arts. 1754 a 1756 del CCyC).

## B. DAÑOS CAUSADOS POR LA PARTICIPACIÓN DE DOS O MÁS PERSONAS

### § 173. Los distintos supuestos

### *a) Coautoría o participación en un hecho dañoso*

Supone que se haya acreditado la concreta intervención de dos o más personas en el hecho en perjuicio de un tercero, sea como autor principal, o bien con algún grado de colaboración que revele incidencia causal en el suceso. Es que lo se regula en los arts. 1751 y

1752 del CCyC. También deben quedar emplazados en este ámbito los efectos del incumplimiento obligacional cuando media pluralidad pasiva o activa, y se causa un daño por razones imputables de una parte hacia la otra.

### *b) Autor anónimo. Remisión*

Es el supuesto de responsabilidad derivada de daños causados por un miembro no identificado de un grupo de determinadas personas, contemplado en el art. 1761 del CCyC. Aquí, indudablemente se trata también de un caso de responsabilidad *directa,* aunque —a diferencia del caso anterior— existe una presunción legal *iuis tantum* de autoría derivada de la circunstancia de integrar el grupo, que solamente puede ser enervada —como lo prevé la misma norma— mediante la prueba de no haber contribuido a la producción del daño (§ 254).

### *c) Actividad peligrosa de un grupo. Remisión*

En este caso, la atribución de autoría (y, por ende, de responsabilidad directa), se deriva del hecho de formar parte del grupo. La única eximente, en este caso, es no haber formado parte de dicho grupo de riesgo. No existe aquí presunción alguna (como en el caso anterior), sino derechamente la asignación de responsabilidad directa por integrar tal grupo, debiendo entenderse que ésta sola circunstancia los emplaza en la calidad de responsables, más allá de su mayor o menor protagonismo *in concreto* en el suceso dañoso (§ 255).

## § 174. Coautoría

### *a) Acción u omisión*

Así como en el art. 1749 del CCyC, con carácter general, se hace referencia a la acción y a la omisión, lo mismo cabe predicar para el caso de pluralidad de responsables: la "participación" a la que alude la norma puede verificarse a título de acción o de omisión, si bien resultará más dificultoso establecerlo en el último caso, de cara a determinar si existe o no participación plural.

### *b) La situación en la responsabilidad por incumplimiento obligacional cuando existe pluralidad subjetiva. Remisión*

Con relación a la indivisibilidad, ver *Obligaciones* § 223 y ss.; en la solidaridad, ver *Obligaciones* § 247 y 252.

### *c) La situación en la responsabilidad extracontractual. Coautoría y diversas maneras de participación*

Se dispone en el art. 1751 del CCyC que si varias personas "participan" en la producción de un daño, responden por el todo, aunque es necesario distinguir si se trata de "una causa única" (caso en el cual hay solidaridad), o de "causas distintas" (en donde hay responsabilidad concurrente). En nuestra opinión, la interpretación de la norma debe ser la siguiente:

*(i) Caso de dolo.* Si el daño ha sido causado dolosamente por la actuación *conjunta* de varias personas, cabe sin lugar a dudas predicar la existencia de una causa única, siendo irrelevante el rol que cada una de ellas haya desempeñado en el hecho. Se mantiene, pues, la atribución de responsabilidad a los "autores, consejeros o cómplices" del art. 1081 del Cód. Civil, sea cual sea su grado de intervención, sin la cual el daño no se hubiera causado.

Existen casos especiales, donde de manera expresa se consagra la solidaridad: en el del art. 275 del CCyC, además del autor del dolo-vicio de la voluntad, responde solidariamente "la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero"; lo propio acontece con el autor de las amenazas y el tercero en iguales circunstancias (art. 278 CCyC).

*(ii) Caso de culpa.* La determinación de la existencia de "causa única" o "pluralidad de causas" dependerá del caso concreto. Si se trata de la actuación conjunta, pero culposa, de dos o más sujetos (por ej., dos médicos en la atención simultánea de un paciente), la responsabilidad será solidaria. En cambio, si existe una actuación sucesiva, pero independiente una de la otra en las que ambas hayan contribuido a causar el daño (por ej., dos médicos que en distintos momentos hayan atendido a un paciente, y cuyas conductas —ambas— hayan contribuido causalmente a la generación del daño), la responsabilidad será concurrente. En este último caso lo trascendente es que la víctima podrá reclamar el total de la indemnización a ambos responsables, sin perjuicio de las acciones de regreso emergentes del grado de contribución causal de cada uno de ellos (art. 851 inc. h] CCyC).

*(iii) Caso de factores objetivos de atribución.* Aquí regirán las mismas reglas que en el supuesto de culpa, dependiendo de la situación en el caso, si ha existido una actuación conjunta, o sucesiva que haya contribuido a causar el mismo daño.

*(iv) La especial situación del encubridor.* En el art. 1752 del CCyC se contempla, de modo separado, la situación de quien, sin haber sido protagonista del suceso dañoso, y luego de él, permite o facilita el ocultamiento del hecho con la finalidad de evitar la responsabilidad de los partícipes, mediantes diversas acciones (contempladas en el art. 277, Cód. Penal).

En tal caso, el encubridor responde sólo en la medida que su conducta haya causado daño, lo que no guarda necesaria relación con el ocasionado por los partícipes: así, por ej., y como bien se ha dicho, "el encubrimiento normalmente causa un daño menor, pero no es forzoso que sea así. El encubrimiento de un funcionario policial a una red de trata de personas, que sabe dónde está la hija desaparecida de una madre denunciante, comete un daño tan o más grave que el proxeneta que la tiene retenida" (LÓPEZ HERRERA); siempre y cuando —en este ejemplo— el funcionario no sea cómplice de los delincuentes, caso en el cual le será aplicable el art. 1751 del CCyC. La responsabilidad es *concurrente*.

*(v) Coautoría con un autor de daño involuntario.* Podría verificarse el supuesto de coautoría, por acción o por omisión, en un suceso dañoso entre quien obra de manera involuntaria y un sujeto con voluntad plena. En tal caso, la responsabilidad es *solidaria* (art. 1751 CCyC), aunque con una particularidad: como el juez puede atenuar la responsabilidad en función de la involuntariedad de uno de los coautores, la obligación solidaria podría tener *diferente contenido* en uno y otro caso. También podría presentarse el hecho conjunto de dos personas sin voluntad, caso en el cual *hay solidaridad* por tratarse de una *causa única*.

### *d) Las acciones de regreso. ¿Una omisión del legislador?*

Cuando la responsabilidad es solidaria, las acciones de regreso se rigen por lo dispuesto en los arts. 840 y 841 del CCyC, siendo aquí relevante lo dispuesto en el inc. b) de este último: la "causa de la responsabilidad" será la que determine el grado de contribución entre los coobligados y la consecuente medida del crédito entre ellos. Si la responsabilidad es concurrente, rige una regla similar: en el art. 851

inc. h) se establece que "*la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia*".

Nada se ha dispuesto para el caso del partícipe que actúa con dolo, para quien en el Cód. Civil estaba vedada la acción de regreso en el art. 1082.

Según algunos (BURGOS), esta omisión debe interpretarse en el sentido de que ahora se encontraría habilitada tal acción.

Nuestra opinión se orienta en sentido contrario. Comentando el art. 1082 del Cód. Civil, LLAMBÍAS indicaba que la solución "se basa en el principio que veda alegar la propia torpeza para fundar en ella un derecho... no ha de tolerarse que quien se ha confabulado con otros para causar daños intencionales, pueda pretender dividir la indemnización que ha tenido que satisfacer al damnificado por el delito". Compartimos plenamente tal pensamiento, y entendemos que es aplicable en el CCyC, aún en defecto de una previsión legal expresa. Es que en el CCyC se encuentra fuertemente potenciado el Principio de Buena Fe, cuyo epicentro es el art. 9°, pero que se encuentra replicado en multiplicidad de normas. Por ello, no puede nacer, de un acto doloso, un derecho para su autor.

## II. RESPONSABILIDAD INDIRECTA POR EL HECHO DE TERCEROS

### § 175. Caracterización general

Como se ha señalado (§ 166) la responsabilidad civil emana principalmente del hecho propio, aunque también puede ser imputada en razón del acto dañoso obrado por *otras personas*. De todas maneras, *siempre* ha de mediar un *vínculo causal* entre ambos, y que el ordenamiento lo considere *relevante*, para justificar la extensión de la responsabilidad a quien no ha sido el autor material.

Existen, pues, *dos tipos de terceros*: aquellos por quienes *no se responde* (por más que exista algún tipo de vínculo, sea cual sea su naturaleza, jurídico o de hecho), y cuya actuación constituye *"hecho de un tercero"* configurativo de la eximente del nexo causal (art. 1731 CCyC - § 66); y aquellos por los cuales *sí se responde*. Cuando se presenta esta última situación, al *tercero responsable* se le suele llamar "civilmente responsable", a fin de diferenciarlo del "autor", esto es, el ejecutor material del acto dañoso.

La *cuestión causal* es aquí la primera a analizar, y determinante: el derecho asigna relevancia a un *vínculo o situación de conexidad* existente entre dos personas, y las coloca en la misma situación jurídica ante un hecho dañoso, aunque uno de ellos es el que materialmente ha obrado el suceso dañoso (y con independencia del factor de atribución de cada uno). Y quien *no* ha sido el autor "material" o "directo" del hecho, pasa a integrar *la cadena causal, jurídicamente relevante, que luego desemboca en la producción del daño.* Como se ha indicado: "a veces se responde civilmente por el hecho de una persona que se encuentra en relación de dependencia; otras, por alguien vinculado por una relación distinta de la subordinación; finalmente, en supuestos excepcionales, es posible que surja el deber de reparar daños causados por un tercero que no tiene ninguna vinculación con el responsable" (KEMELMAJER DE CARLUCCI/PARELLADA). En nuestra opinión, ello acontece porque el ordenamiento eleva a *causa* una *condición* o una *ocasión.* La *situación jurídica* de este sujeto, lo coloca —en el caso de que *otro* cause daños— en calidad de responsable.

La responsabilidad *indirecta* supone la del responsable *directo.* Si este último no es responsable, ninguna situación se proyecta hacia otras personas, ya que —precisamente— se trata de una responsabilidad *refleja.* En todos los casos, cuando hay responsabilidad, las de ambos son *concurrentes.* Y, como sucede en la solidaridad (y más aún en la concurrencia), la *acción resarcitoria* puede entablarse, o bien de manera conjunta contra los dos responsables, o bien separadamente; el litisconsorcio es, pues, *facultativo* (art. 1773 CCyC).

Existen varias modalidades que puede asumir este tipo de responsabilidad, y que analizamos, con carácter general, a continuación.

## A. RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE

### § 176. Las normas legales

En el art. 1753 del CCyC se dispone: *"Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal 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. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal*

*es concurrente con la del dependiente"*. A su vez, en el art. 732 del CCyC se establece: *"Actuación de auxiliares. Principio de equiparación. El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado"*.

Como puede observarse, tanto en el ámbito extracontractual como en el obligacional, existe este tipo de responsabilidad.

## § 177. Requisitos

### *a) Relación de dependencia o de carácter "auxiliar"*

En la norma se contemplan conjuntamente las situaciones que se generan por la causación de daños en la órbita extracontractual y en la obligacional.

La *relación de dependencia* excede notablemente la que se genera a raíz de la celebración del contrato de trabajo. Abarca "a todo aquél que actúa por cuenta o en interés de otro, en virtud de algún vínculo jurídico de subordinación" (LÓPEZ HERRERA), que genera un poder virtual de impartir órdenes, o de injerencia, por parte del principal con relación al dependiente, y que debe ser valorado con mucha flexibilidad (PIZARRO/VALLESPINOS, BUERES, TRIGO REPRESAS). Este vínculo puede ser estable u ocasional, remunerado o no. Es de la esencia que, aunque sea de manera parcial, se realicen acciones en interés del principal. Por otra parte, compartimos la opinión de quienes sostienen que el origen de la dependencia puede o no ser voluntario, en el sentido de que en muchos casos el dependiente le es impuesto al comitente (PIZARRO/VALLESPINOS). En ambos casos puede tratarse de una persona física o una persona jurídica.

Si el dependiente tiene *autonomía científica* en relación al principal (por ej., un médico dentro del equipo médico dirigido por el jefe del grupo; o un empleado calificado que conoce más que su empleador la actividad), igual la responsabilidad alcanza al principal, en razón de la *garantía* emanante del art. 1753 del CCyC.

Con relación a los auxiliares del deudor (en el ámbito obligacional), el concepto es semejante. Puede tratarse de un dependiente en el sentido apuntado, o de un encargado *de hecho* a obrar cierta conducta Hemos analizado la cuestión en *Obligaciones* § 42, a donde remitimos.

Para que surja la responsabilidad, las órdenes o encargos deben ser *lícitas*. Si son ilícitas, la responsabilidad del principal es *directa* (KEMELMAJER DE CARLUCCI/PARELLADA, LÓPEZ HERRERA).

### *b) Responsabilidad del dependiente*

La imputación de responsabilidad del principal supone la *previa* atribución de responsabilidad al dependiente, pues se trata de una *responsabilidad refleja*. En otras palabras: si el dependiente es eximido de responsabilidad (por faltar el nexo causal, por haber acreditado su falta de culpa —en los casos de responsabilidad subjetiva— o cuando medie una causa de justificación —salvo que exista responsabilidad por actos lícitos—), el principal *no responde,* al menos por la causa que ahora analizamos; y sin perjuicio de *otras* causas por las que se le pueda atribuir responsabilidad (por ej., por su calidad de dueño de la cosa con que se causó el daño).

### *c) Causalidad. Daños causados en ejercicio o con ocasión de la función*

Zanjándose también un amplio debate al respecto, con importantes proyecciones en la práctica, se dispone ahora que la responsabilidad se proyecta al principal si el hecho dañoso del dependiente ha sido causado *en ejercicio* o *en ocasión* de la función.

El *ejercicio* de la función, comprende (TRIGO REPRESAS, PIZARRO/VALLESPINOS) el *mal ejercicio* (por ej., un actuar descuidado, el guardia de un local bailable que golpea a un cliente), el *ejercicio abusivo* (por ej., la utilización de un automóvil del principal en interés propio, en el horario de trabajo) o el *ejercicio aparente* (externamente, y por la *confianza en la imagen desplegada*, todo hace suponer que el dependiente está en ejercicio de su función, pero ello no es tal; por ej., un guardia de seguridad de un local comercial que, además, desarrolla tareas propias de otros empleados). En todos estos casos, la *causalidad adecuada* se presenta claramente.

En tanto que la responsabilidad por daños causados en *ocasión* de la función (cuestión que fuera receptada para las personas jurídicas en la reforma de la ley 17.711 al art. 43 del Cód. Civil, y que la doctrina y la jurisprudencia extendieron a todos los casos de responsabilidad indirecta, aunque no sin discusiones) debe ser entendida en sentido amplio, pero razonable: la función no ha sido el motivo

del daño, sino que ha *facilitado* su ocurrencia, ha brindado la oportunidad de que suceda (LÓPEZ HERRERA). No se trata, en nuestra opinión, estrictamente de relación causal adecuada, pues la *ocasión*, desde el punto de vista causal, no responde estrictamente a dicha teoría. Aquí existe un *ensanchamiento* de la causalidad, porque el ordenamiento resuelve de esta manera el conflicto de intereses, por una cuestión de justicia. Es, por ej., el empleado de un taller mecánico que un sábado a la noche saca un automotor y lo utiliza en su propio provecho, causando un daño en un accidente de tránsito.

### *d) El factor de atribución*

El art. 1753 del CCyC termina con una profunda polémica sobre esta cuestión, originada en el derecho francés y que se proyectó en nuestro medio. Existían doctrinas *subjetivistas*, que fundaban la responsabilidad en la *culpa in eligendo* (esto es, en una presunción de culpa del principal por haber elegido, o haberse valido de un sujeto que luego indebidamente causó un daño), o la *culpa in vigilando* (esto es, por no haber ejercido un debido control sobre el dependiente), o ambos criterios, lo que llevaba las cosas a la posibilidad de invocar la eximente de la falta de culpa, discutiéndose, además, si se estaba o no ante una presunción. La doctrina y la jurisprudencia fueron avanzando sobre la cuestión, llegándose a la conclusión de que se trataba de una responsabilidad inexcusable (acreditada la responsabilidad civil del dependiente), razón por la cual mal podía predicarse culpabilidad, sin que sea viable la eximente. Se llegó, así, a postular la existencia de *responsabilidad objetiva*, fundada para algunos en la garantía (TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA, LÓPEZ HERRERA, VÁZQUEZ FERREYRA), y para otros en el riesgo creado (BORDA, BUERES, ZAVALA DE GONZÁLEZ, PIZARRO/VALLESPINOS).

La nueva norma no indica *cuál* es el factor de atribución, pero señala que es *objetivo*, con lo cual la discusión es sólo académica: sea por *riesgo* o por *garantía*, la responsabilidad es *objetiva*. En nuestra opinión, es la *garantía*, ya que aunque el daño no se derive de una actividad riesgosa, en tanto y en cuanto el dependiente sea responsable, dicha responsabilidad se proyectará al principal.

### *e) Se responde aun cuando el dependiente sea inimputable*

La falta de discernimiento del dependiente no exime al principal, se dispone en la norma. Sería el caso, por ej., de un empleado que

consume drogas en el trabajo y causa un daño a un cliente (LÓPEZ HERRERA). Debe recordarse, además, que en el caso del daño involuntario, el autor *responde por equidad,* siendo plena su responsabilidad, sin perjuicio de la *eventual atenuación de la indemnización* (arts. 1750 y 1742 CCyC). Pero esto último *no* se proyecta al principal, y su responsabilidad será *plena*. Ello refuerza, en nuestra opinión, la idea de *garantía* que subyace como factor de atribución.

### § 178. Naturaleza de la responsabilidad. Obligaciones concurrentes. Remisión

Se indica en la norma que la responsabilidad es *concurrente*, en el entendimiento de que *cada sujeto responde por su propia causa:* el dependiente, en razón de su propia responsabilidad (directa, o emanada del hecho de las cosas o las actividades riesgosas), en tanto que el principal por la causa que le es privativa en cuanto tal. La cuestión se rige por las reglas de los arts. 850 a 852 del CCyC, que ya hemos analizado (v. *Obligaciones* § 260 y ss.), y son viables las *acciones de regreso*, en los términos del art. 851 inc. h) del CCyC.

## B. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS HIJOS Y OTRAS PERSONAS A CARGO

### § 179. Introducción

En los arts. 1754 a 1756 del CCyC se dispone respecto de la responsabilidad *indirecta* de aquellos que tienen un rol jurídico de contralor o vigilancia respecto de *otras* personas, pero no ya por una cuestión de dependencia, sino porque la ley les asigna una función de protección y contralor respecto de terceros, derivado ello de la incapacidad, la capacidad restringida, o una situación de vulnerabilidad del protegido. Hay una clara distinción entre la responsabilidad de los *padres* en relación a los hechos de sus hijos (en tanto exista *responsabilidad parental*), y la de *otras* personas encargadas de terceros (los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores, y la del establecimiento que tiene a su cargo personas internadas); siendo *agravada* la responsabilidad de los primeros (objetiva, y con eximentes particulares), y más leve la de los restantes (subjetiva).

## § 180. Responsabilidad de los padres

### *a) La regla general*

Se dispone en el art. 1754 del CCyC: *"Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos".*

La *responsabilidad parental* es *"es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"* (art. 638 del CCyC). Su ejercicio corresponde a los padres, en las condiciones del art. 641 del CCyC (si bien puede ser delegado, en los términos del art. 643 del CCyC, caso en el cual los delegados responden en los términos del art. 1756 del CCyC). También el *progenitor afín* puede *asumir el ejercicio de la responsabilidad parental,* en caso de muerte, ausencia o incapacidad del otro progenitor, para lo cual es necesaria la homologación judicial (art. 675 CCyC).

El *fundamento* de dicha responsabilidad es evidente: la protección, desarrollo y formación integral de los hijos tiene ínsito el deber de evitar que causen daños a terceros, por el *contralor* que deben ejercer sobre ellos.

La problemática de la violencia que se ha generalizado, en especial con los menores de edad, requiere un abordaje interdisciplinario. La violencia escolar (*bullying*), los accidentes de tránsito en los que intervienen menores, los efectos del alcohol y las drogas, y tantas otras cuestiones, han potenciado notablemente la causación de daños por los menores de edad.

### *b) Los adoptantes*

Igual situación se predica en el caso de adopción simple (en la cual la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes —art. 627 inc. a] CCyC—), y de adopción plena, pues ambas confieren el "estado de hijo al adoptado" (art. 620 CCyC); además, ello importa la extinción de la responsabilidad parental de los padres (art. 699 inc. d] CCyC).

### c) *El progenitor afín*

Es el "*cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente*" (art. 672 CCyC). Sus deberes jurídicos consisten en "*cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia*"; pero esta *colaboración* no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental (art. 673 CCyC). La *delegación* de la responsabilidad parental se debe realizar en los términos del art. 674 del CCyC, y en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con el progenitor afín, para lo cual es necesaria la homologación judicial (art. 675 CCyC).

De la conjunción de estas normas, llegamos a la conclusión de que *el progenitor afín no asume la responsabilidad de los arts. 1754 y 1755 del CCyC por el sólo hecho de ser tal, salvo que asuma el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del art. 675 del CCyC*, y sin perjuicio de la *responsabilidad especial* emergente de los arts. 674 y 1756 del CCyC. Por cierto, ello no obstará —en nuestra opinión— a la responsabilidad que pueda emerger si en el momento del hecho dañoso el menor se encontraba a su exclusivo cuidado, pero —en tal caso— con fundamento en el art. 1710 del CCyC, siempre en función de las circunstancias que el caso concreto presente.

### d) *Responsabilidad del hijo*

Como en toda responsabilidad refleja, el hecho dañoso de autoría material del hijo debe reunir los requisitos propios para atribuirle responsabilidad civil, sea o no imputable, rigiendo las normas generales que ya hemos estudiado. En caso contrario, los progenitores no responden.

### e) *Factor de atribución*

En el art. 1755 del CCyC expresamente se señala que la responsabilidad es *objetiva*, y en nuestra opinión también aquí está presente la *garantía*. Ésta es una de las modificaciones normativas más importantes, desde que en el Cód. Civil existía una presunción de culpa (art. 1116), que podía ser enervada por prueba en contrario. Aunque, en los hechos, ello era virtualmente imposible, lo que llevó a postular

que, en rigor de verdad, la responsabilidad era, en sustancia, de naturaleza objetiva. En el CCyC se ha zanjado la cuestión, y —en nuestra opinión— de manera adecuada.

*f) Concurrencia con la responsabilidad de los hijos*

Sea que el daño causado por el hijo a un tercero haya sido involuntario o no, la responsabilidad de este último es *concurrente* con la de sus padres. Rigen, pues, los arts. 850 a 852 del CCyC (v. *Obligaciones* § 260 y ss.). Se indica, empero, que la responsabilidad entre éste y los padres sería solidaria (ALFERILLO) en opinión que no compartimos.

*g) Naturaleza de la responsabilidad*

Si es atribuible a los dos progenitores, la obligación entre ambos (frente a la víctima) es *solidaria,* sin perjuicio de la concurrencia con la responsabilidad personal del hijo.

*h) Casos en que cesa la responsabilidad de los padres*

*(i) En caso de extinción de la responsabilidad parental.* Ello acontece, en lo que ahora interesa, por la profesión del progenitor en instituto monástico; alcanzar el hijo la mayoría de edad (18 años, art. 25 CCyC, sin perjuicio de que la cohabitación continúe e incluso la obligación alimentaria); su emancipación; y la adopción del hijo por un tercero, todo en las condiciones establecidas en el art. 699 del CCyC.

*(ii) Casos de privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por causas no imputables.* En razón de lo dispuesto en el art. 1755 del CCyC, 2° párrafo, todo parece indicar que en los supuestos de los arts. 700 y 702 del CCyC, cesaría la responsabilidad paterna sólo en los casos en que la privación o la suspensión de la responsabilidad parental se produjera por causas no imputables al padre (por ej., ausencia con presunción de fallecimiento, o la limitación de la capacidad). Abrigamos algunas dudas al respecto, ya que —en todos estos casos— la decisión judicial trae aparejada la imposibilidad material del padre de ejercer los deberes que le corresponden y, en los hechos, tendrá impedido ejercer el debido contralor sobre sus hijos.

*(iii) Progenitor no conviviente. Inconveniencia de la norma.* En caso de que no conviva el padre con el hijo, siempre por una causa lícita (por ej., la separación de los progenitores), se dispone que cesa la responsabilidad en tanto y en cuanto —claro está— no se encuentre a su cargo o deba estarlo al tiempo de la causación del daño. Compartimos la opinión que postula que la norma no se explica al haberse estatuido la responsabilidad objetiva (no hay *culpa in vigilando*), aunque tal vez sí en niños de corta edad (donde la proximidad *física* es necesaria), pero no así en los demás casos, donde prevalece la educación como función primordial de la responsabilidad parental (PLOVANICH). Máxime, agregamos nosotros, con el fuerte deber de prevención de los daños consagrados en el art. 1710 del CCyC.

*(iv) Caso en que se ponga al hijo bajo vigilancia de otra persona. Interpretación restrictiva.* En el art. 1755 del CCyC se establece que *"cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el art. 643"*. La locución es *amplia*, pero debe ser entendida en su justa medida. Como bien se ha señalado, se orienta esencialmente al caso del menor escolarizado que causa daños mientras se encuentra bajo la autoridad educativa, pero en otros casos (una estadía en vacaciones en la casa de un pariente, o un viaje con sus tíos, una salida de esparcimiento, etc.), deberá analizarse *el caso concreto* en el sentido de que, desde el análisis causal, resulte la responsabilidad de quien ejercía el cuidado transitorio de modo exclusivo; caso contrario, eventualmente, la responsabilidad podría ser concurrente entre los padres y el cuidador (PLOVANICH).

Igualmente, somos de la opinión que la norma es inconveniente *excluyendo* la responsabilidad de los padres en estos casos, si es que del hecho dañoso obrado bajo la autoridad escolar o bajo el cuidado de otra persona, puede de alguna manera vincular causalmente a los padres. Es que si la responsabilidad parental se orienta, entre otras cosas, al cuidado a la *educación* y al *desarrollo* de los hijos como personas de bien en la sociedad, no se explica por qué los padres no podrían ser *también* responsables en ciertas situaciones (por ej., severos trastornos de conducta del hijo que no han sido debidamente abordados por los padres para su tratamiento, pese a haber sido advertidos por la autoridad escolar, y luego se produce un daño bajo el cuidado de esta última por una pelea entre alumnos).

*(v) Daños causados por los hijos en ejercicio de su capacidad negocial.* Se establece en el art. 1755 del CCyC que *"Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomen-*

*dadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos"*. Es que, en estos supuestos, la capacidad negocial del hijo menor de edad enerva el deber de contralor que pesa respecto de los padres.

*i) Casos en que no cesa la responsabilidad de los padres*

*(i) Delegación de la responsabilidad parental.* Expresamente se excluye de las causales de cesación el supuesto de delegación de la responsabilidad parental del art. 643 del CCyC, lo que es de toda lógica ya que en este caso la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los padres. Por tales razones, no sólo los padres serán solidariamente responsables, sino que *además*, y de manera *concurrente*, lo será el delegado (en los términos del art. 1756 del CCyC).

*(ii) Cesación de la convivencia por causas imputables al padre.* Se dispone en el art. 1755 del CCyC que *"los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible"*. Se trata, claramente, de la cesación de la convivencia por un acto ilícito (en el sentido amplio del término) del padre, como el caso de abandono del hijo (no así por la separación de ambos progenitores, como ya hemos señalado). Es por demás evidente, que no puede quedar en mejor situación aquél que voluntariamente, y de manera antijurídica, se sustrae a los deberes emanados de la responsabilidad parental, que aquél que convive con el hijo y éste causa un daño. De todas maneras, como ya se ha dicho, algunos interrogantes nos generan los casos de privación y suspensión de la responsabilidad parental de los arts. 700 y 702 del CCyC.

## § 181. Responsabilidad de otros encargados por el hecho de las personas a su cuidado

En el art. 1756 del CCyC se dispone: "*Otras personas encargadas. Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas*

*responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control".*

### *a) Los encargados de personas menores o incapaces*

*(i) Sujetos comprendidos.* Como dispone la norma, quedan aquí comprendidos los tutores, los curadores, y los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643 CCyC) que, como se indicó, responderán de manera concurrente con los padres, ya que en tal caso estos últimos no se eximen de responsabilidad. La solución es también aplicable al *progenitor afín*, en razón de lo dispuesto en el art. 674 del CCyC: *"El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que éste último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".*

Quedan *excluidos* de este régimen especial los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad (art. 43 CCyC), sin perjuicio de su responsabilidad en los términos del art. 1710 del CCyC.

*(ii) Factor de atribución.* Todo pareciera indicar que es *la culpa*, a diferencia de la responsabilidad de los padres. Sin embargo, se opina que la "imposibilidad" citada en el artículo es una cuestión causal, y que la responsabilidad sería objetiva (J. ALTERINI/I. ALTERINI). En nuestra opinión (aunque no compartimos la solución), el factor de atribución es subjetivo (también SÁENZ). Existe una *presunción de culpabilidad*, razón por la cual la carga de la prueba de la *diligencia* pesará sobre los presuntos responsables (acreditada, claro está, la relación causal), pero no será suficiente para ello alegar que el hecho ocurrió fuera de su presencia. De todas maneras, entendemos que la eximente será interpretada por los jueces con criterio harto restrictivo.

*(iii) Reglas que rigen la responsabilidad.* Con excepción del factor de atribución, la responsabilidad de estos sujetos se rige por las mismas reglas que la de los padres, como se indica en la norma ("responden como los padres").

*b) La especial situación de los establecimientos de internación de personas*

La norma final del art. 1756 del CCyC debe ser entendida en sus *restringidos alcances*. Entendemos que se refiere *sólo* al supuesto en que el *internado* sufra daños en lo atinente *al cuidado de su propia patología*, no en los aspectos médicos, sino en las acciones dañosas que podrían emprender en su propio perjuicio, al estar privados transitoriamente de razón, como el caso de suicidio de pacientes psiquiátricos (por ej. puesto por LÓPEZ HERRERA). En este caso, el factor de atribución es *subjetivo*, y no se ha consagrado presunción de culpa, como en el supuesto anterior. Con dichos alcances debe entenderse la locución "*negligencia en el cuidado*".

Por ello, en los casos en que el internado *cause un daño a terceros* (sean otros internados, u otras personas), somos de la opinión que se está en presencia de la *obligación de seguridad*, de carácter *objetivo* (§ 84).

*C. La responsabilidad por el hecho ajeno en las obligaciones solidarias e indivisibles.*

**§ 182. Obligaciones solidarias. Remisión**

En la solidaridad, y con la sola excepción de las consecuencias del incumplimiento *doloso* (art. 838 CCyC - *Obligaciones* § 247 y 252), si el incumplimiento es imputable a un codeudor (o a un coacreedor, agregamos nosotros), los demás responden por los daños causados. Es evidente, pues, que los codeudores solidarios entre sí (al igual que los coacreedores solidarios entre sí), revisten la calidad de *terceros por quienes se debe responder*, pero no aquí en razón de la existencia de una relación de dependencia, ni de situación alguna que genere deber de contralor, sino derechamente porque la ley *coliga* los vínculos, y en razón de ello responsabiliza a todos los integrantes del polo obligacional por el hecho individual de cualquiera de ellos.

**§ 183. Obligaciones indivisibles. Remisión**

Diferente es la situación en este caso. Cada codeudor debe a cada coacreedor la prestación íntegra, y los codeudores responden por la *insolvencia* de los otros codeudores (art. 816 CCyC). Pero hasta allí llega su responsabilidad, ya que las *otras* consecuencias del incum-

plimiento imputable son soportadas *exclusivamente* por su autor, y no perjudican a los restantes (art. 818 CCyC). En consecuencia, en lo atinente a los daños derivados del incumplimiento por causas imputables, cada codeudor indivisible reviste, respecto de los demás, el rol de tercero por quien no deben responder (v. *Obligaciones* § 223).

## III. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS Y LAS ACTIVIDADES RIESGOSAS

### § 184. Introducción. Remisión

Se han producido cambios trascendentes, a nivel normativo, en comparación con la letra del art. 1113 del Cód. Civil, en lo atinente al agregado de la ley 17.711, que incorporó la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas.

Ya hemos analizado con anterioridad la noción de *riesgo o vicio*, tanto de las cosas como de las actividades, y el proceso de evolución —doctrinario y jurisprudencial— que se inició a partir de dicha reforma, hasta desembocar en el actual art. 1757 del CCyC (§ 74 y 77).

Se contemplan *dos* supuestos diferentes —el hecho de las cosas y las actividades riesgosas—, pero de manera amalgamada y algo confusa, en el sentido de que la buena técnica hubiera impuesto tratarlos por separado. La *actividad riesgosa* supone un caso de *responsabilidad directa, por el hecho propio* (aún en el caso de quien se aprovecha de la actividad, como se verá, ya que aquí también debe tener el responsable posibilidad de contralor de la actividad); el *hecho de la cosa* (animada o inanimada) nos presenta la *intervención activa* de la cosa en la causación del daño, haciendo responsable a su *dueño* o *guardián*. Empero, cabe advertir —como se verá— que en ciertas situaciones existen límites confusos entre una y otra categoría. Además, en los supuestos específicos, ambos casos se combinan, o coexisten (como sucede en las relaciones de consumo). Además, de todas maneras (y esto es lo que verdaderamente interesa) *siempre la responsabilidad es objetiva,* por lo cual —aún en las *zonas grises*— el régimen es el mismo. Se ha *eliminado* la responsabilidad *subjetiva* emergente del daño causado "con" las cosas, del art. 1113 del Cód. Civil, razón por la cual *todo* daño causado por el hecho de las cosas tiene factor de atribución *objetivo*.

## § 185. Responsabilidad por el hecho de las cosas

### *a) Caracterización del "hecho de la cosa"*

En el art. 1757 del CCyC se dispone que *"toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas..."*.

La discusión respecto al concepto mismo de *hecho de la cosa* ha sido objeto de profundas polémicas y una notable evolución. Compartimos la opinión de PIZARRO, quien luego de pasar revista a todas las opiniones, concluye que en la actualidad "para que se configure el denominado 'hecho de la cosa' es menester que la misma haya intervenido de manera *causalmente activa* en la producción del daño, escapando de tal manera al control del guardián. Basta con eso, sin ningún otro requisito". Indica que, aun cuando el *hombre* haya tenido alguna injerencia en el manejo, control o conducción de la cosa, habrá igualmente "hecho de la cosa" cuando ésta haya ido más allá de su acción, al divorciarse de la acción del hombre, siendo —pues— aparente la "obediencia" de la cosa a su voluntad (por ej., la conducción de un automóvil a alta velocidad, en donde el error del conductor aparece en un segundo plano, pues la cosa "obra" sobrepasando su acción y asumiendo una participación activa *per se* en la producción del daño).

Las doctrinas, comenzaron por postular el "hecho autónomo de la cosa", esto es, por la cosa misma, descartándose —incluso— la idea de *autoría* del daño, cuestión criticada porque en la gran mayoría de los casos existe un hecho previo del hombre que provoca el suceso de la cosa; luego se postuló la doctrina del "vicio propio de la cosa", en el sentido de su irregularidad intrínseca (una falla mecánica), criticada porque las cosas en sí mismas peligrosas (los explosivos) podían no tener vicios, además de que la prueba del vicio a veces era de difícil producción; se distinguió también entre las cosas inertes y en movimiento, entendiendo que las segundas configuraban la responsabilidad por el hecho de las cosas, no así las inertes (para las que la responsabilidad era subjetiva); RIPERT inició la teoría de la *cosa riesgosa*, distinguiéndolas en peligrosas y no peligrosas, con varios matices, lo que también fue objeto de críticas, pues el riesgo puede provenir de la cosa misma, o de las circunstancias de su utilización; finalmente, se postuló la doctrina de "la intervención activa de la cosa", en donde se prescindía de su calidad o no de riesgosa, pero si ésta tiene un rol meramente "pasivo" quedaría fuera de consideración (PIZARRO).

En función de lo señalado, entendemos que es exacta la caracterización que PIZARRO efectúa; y —agregamos nosotros— habrá hecho del *hombre* y no de la *cosa* solamente cuando ésta sea un claro *instrumento* de su voluntad (por ej., la utilización de un revólver, disparán-

dolo), sin perjuicio de lo cual el régimen jurídico será el mismo: en el ejemplo, estaremos ante una *actividad riesgosa*, cuyo factor de atribución es objetivo. La *culpabilidad* será irrelevante, a fin de atribuir responsabilidad *civil*, aunque no en materia de responsabilidad *penal*. Insistimos, de todas maneras, en que en ciertos casos será sumamente dificultoso determinar una u otra situación.

### *b) Un solo régimen de responsabilidad con independencia de la naturaleza de la cosa*

La cosa *viciosa* es aquella que adolece de un *defecto*, que puede ser de fabricación, de diseño, de información, o de la calidad intrínseca de sus componentes (por no ser aptos, o por no haber sido debidamente conservados). Y si nos atenemos a un concepto *estricto* de *cosas riesgosas,* podría afirmarse que las viciosas lo son, pero también aquellas que, sin serlo, son *intrínsecamente* peligrosas (por ej., la energía nuclear), o que se encuentran en una situación tal que generan *un riesgo* (por ej., unas pelotas de golf dispersas en el descanso de una escalera, que podrían ser pisadas por quien camina por allí, con la consiguiente caída).

En este marco, ¿cuál sería el régimen jurídico de aquellas cosas *intrínsecamente no riesgosas* que causan daño? En el CCyC no existe una norma que disponga sobre la confusa (y polémica) categoría de la responsabilidad subjetiva por el daño causado "con" las cosas, y que ZAVALA DE GONZÁLEZ caracterizaba —en el Cód. Civil— como los "objetos normalmente inofensivos". La respuesta que puede brindarse es que si la cosa, aunque *naturalmente inofensiva, causa un daño, es porque formaba parte de una situación de riesgo, y por ende, devino en riesgosa* (el caso de la maceta que cae desde una ventana, o de una cosa inerte ubicada en situación tal que genera el riesgo).

Por ello, es que —en rigor de verdad— hubiera bastado con asignar responsabilidad por el hecho *causalmente activo de las cosas, sin más.*

Advierte PIZARRO que en el art. 1758 del CCyC se hace referencia al daño causado "por las cosas", sin indicarse que sean riesgosas o viciosas. Y que "la intervención causalmente activa de una cosa en la producción del daño ('daño por la cosa') representa una noción que puede ser asimilada a daño causado por el riesgo de la cosa, sin que sea menester, al menos en este nuevo contexto normativo (y a diferencia de lo que sucedía en el Código anterior) indagar acerca de la peligrosidad de la cosa.

### *c) Legitimados pasivos*

En el art. 1758 del CCyC se dispone: *"El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella".*

*(i) Dueño.* Es el titular del *derecho real de dominio*, esto es, quien tiene todas las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica de una cosa, dentro de los límites marcados por la ley (art. 1941 CCyC). Remitimos a *Obligaciones* § 93 a 95, en donde hemos analizado la cuestión, en función de la diferente naturaleza de las cosas (inmuebles, muebles registrables y muebles no registrables.

*(ii) El caso de los condóminos.* En este caso debe recordarse que la responsabilidad no genera una obligación *propter rem* (v. *Obligaciones* § 24.g), y no existe una norma expresa que disponga sobre la naturaleza de la responsabilidad. Siendo que la solidaridad debe surgir expresamente de la ley (art. 828 CCyC), cabría discutir si se trata de una obligación simplemente mancomunada o solidaria. Siendo que se trata de una cosa *común*, que puede ser usada de manera *conjunta* o individual (de acuerdo a lo que se pacte —arts. 1986 y 1987 CCyC—), que la disposición material o jurídica debe ser realizada sólo con la conformidad de todos los condóminos (art. 1990 CCyC), y que sólo se ha previsto la mancomunación simple para el caso de haberse contraído deudas *voluntariamente*, en beneficio de la comunidad (art. 1992 CCyC), concluimos que si el daño es causado *por la cosa* (situación diferente a la responsabilidad por las deudas recién indicadas), la responsabilidad debe ser *concurrente:* es que, sin perjuicio de la porción indivisa de cada condómino, dicha situación es *inoponible* a la víctima del daño (incluso aunque alguno la use de manera exclusiva), y debe concluirse que *cada* condómino responde por una *causa propia* (no hay causa única en esta responsabilidad, lo que es propio de la concurrencia, pese al hecho causal *común* que es la causación del daño por la cosa - *Obligaciones* § 261.b) en función del interés asociativo del condominio. PIZARRO señala que tal solución es la que resulta considerablemente más valiosa para proteger a la víctima, y que mejor se condice con la normativa vigente. Por nuestra parte, entendemos que debió consagrarse la solidaridad.

*(iii) Guardián.* La caracterización de la figura en el CCyC es sumamente amplia: con prescindencia de la relación de poder sobre la cosa (y su causa), en tanto y en cuanto ella exista, el sujeto es considerado su guardián, sea que la tenga o *pueda* tenerla. Además, quien *obtenga un provecho de la cosa* (no necesariamente económico, sino de cualquier índole). La locución "por sí o por terceros", implica que el guardián, a su vez, puede eventualmente delegarla en otros, pero *no pierde su carácter de tal, respecto de los terceros que*

*hayan sido dañados por la cosa.* En otras palabras, puede existir pluralidad de guardianes, sea que ejerzan *conjuntamente* la guarda (es lo más común), o bien de la manera indicada en el artículo. En todos los casos, serán concurrentemente responsables frente a la víctima, y también con el dueño, si éste no se encontrara eximido de responsabilidad por alguna razón. Diferente es el caso en donde la "guarda" cesa (por ej., cuando la cosa se da en usufructo, el nudo propietario deja de ser su guardián).

Como bien se ha dicho (PIZARRO), son guardianes: el propietario (es el guardián *natural* de la cosa, y pesa sobre él una presunción *iuris tantum* en tal sentido); el locatario; el comodatario; el depositario; el usufructuario; el transportador de cosas sujetas a su cuidado; el acreedor que ejercita el derecho de retención; etc.

*(iv) Prueba de la calidad de dueño o guardián.* Pesa sobre el acreedor, quien, ante la negativa, tiene la carga de acreditar la calidad que invoca respecto de la persona a quien le atribuye la responsabilidad.

*(v) Naturaleza de la responsabilidad. Regla y excepciones.* Cerrándose un arduo debate al respecto, se dispone en el art. 1758 del CCyC que tanto el dueño como el guardián son responsables *concurrentes* frente a la víctima, lo cual es adecuado. La cuestión se rige por los arts. 850 a 852 del CCyC (v. *Obligaciones* § 260 y ss.). Sin embargo existen *excepciones* en donde se consagra la *solidaridad,* como en el caso de las relaciones de consumo (art. 40, ley 24.240). En rigor de verdad, se debió establecer para todos los casos la solidaridad (v. *Obligaciones* § 261). Las *acciones de regreso* se regirán por las reglas de cada caso.

### *d) Eximentes*

Sin perjuicio de las eximentes generales de la responsabilidad objetiva, en el caso encontramos algunas reglas especiales.

*(i) Insuficiencia de autorización administrativa para el uso.* Aun cuando ella se conceda, si la cosa causa un daño igualmente se responde (por ej., la explosión de un surtidor de nafta en una estación de servicios) (art. 1757 CCyC).

*(ii) Insuficiencia de la adopción de medidas de prevención.* La responsabilidad es *objetiva*, razón por la cual la adopción de todas las medidas de prevención del daño (esto es, la *diligencia*) será insuficiente para enervar el deber de responder (art. 1757 CCyC).

*(iii) Uso en contra de la voluntad expresa o presunta. Alcances.* Se replica en lo sustancial en el art. 1758 del CCyC la eximente del art. 1113 del Cód. Civil: *"El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta"*. PIZARRO critica el mantenimiento de la eximente, en el entendimiento de que desvirtúa la esencia de la responsabilidad, y postula una interpretación estricta, que compartimos: sólo en el caso de que haya sido privado de la cosa contra su voluntad (y por una causa no imputable al guardián), la eximente será viable. No así cuando haya entregado la cosa y se haya utilizado más allá de sus instrucciones o lo pactado. La carga de la prueba pesa sobre el guardián y, por ende, será responsable si no acredita la eximente.

### e) Ausencia de discernimiento en el guardián

En el caso del dueño, éste responde objetivamente por su calidad de tal, sin perjuicio de que tenga o no discernimiento (por ej., el niño que ha heredado un importante inmueble, responde como dueño si éste, por un vicio —el desprendimiento de un balcón— causa un daño).

Más dificultosa es la situación del *guardián*, ya que el ejercicio del *uso, dirección* y *control* de la cosa, presuponen la existencia de discernimiento. Compartimos la opinión de BUERES quien sostiene que la guarda exige un acto de volición, y —por ende— en tal caso, no habrá responsabilidad del inimputable por el hecho de la cosa, sin perjuicio de la que cabe a quien está encargado de su cuidado. Pero, en el marco del CCyC, aún en este caso, si se trata de la *guarda-provecho* (el último supuesto del art. 1758 CCyC), debe concluirse que la responsabilidad sí existe, pero no en los términos del art. 1750 del CCyC, ya que no se trata del hecho del inimputable, sino del hecho de la cosa.

### f) El caso particular de los animales

*(i) La regla general.* En el art. 1759 del CCyC se dispone: *"Daño causado por animales. El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el art. 1757"*. Se ha eliminado la dificultosa distinción entre animales "domésticos", "domesticados" y "feroces", que tanto ocupó a la doctrina y a la jurisprudencia, y las discusiones que giraban en torno al factor de atribución subjetivo, ante lo dispuesto en el art. 1129 del Cód. Civil respecto de los ani-

males feroces. Todo animal, ahora, cabe bajo las reglas de la responsabilidad por el hecho de las cosas, sea o no doméstico, y cualquiera sea su grado de agresividad.

*(ii) Legitimados pasivos.* Son los del art. 1758 del CCyC, bajo el concepto extenso de guardián que allí se consagra, siendo concurrente la responsabilidad del dueño y del guardián o los guardianes. No se replica lo dispuesto en el art. 1125 del Cód. Civil, en el que se establecía que si el animal era excitado por un tercero y causaba daños, la responsabilidad pesaba sobre el tercero, y no sobre el dueño (o su guardián, en su caso). En nuestra opinión, y si bien la eximente debe ser interpretada *con carácter restrictivo*, se mantiene: en tal caso, se estará en presencia de un tercero *por quien no se debe responder, pese a que el hecho provenga del animal.* Es, si se quiere, una situación análoga al uso de las cosas inertes contra la voluntad expresa o presunta del dueño (por ej., el caso de una persona que en la vía pública se conduce con un perro sujetado a una correa, y un tercero lo provoca para que ataque a otra persona).

*(iii) Animales sueltos y responsabilidad del concesionario de peaje.* Tal cual es ya jurisprudencia consolidada, los concesionarios de peaje son responsables por los daños sufridos en las rutas a su cargo, si éste se produce por la existencia de animales sueltos en ellas, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del dueño o el guardián del animal. En nuestra opinión, la responsabilidad es *objetiva*, y emerge aquí del *deber de seguridad* propio de las relaciones de consumo, naturaleza en la que emplazamos el vínculo jurídico generado con motivo del contrato de peaje. Cabe aclarar que, en razón de lo dispuesto por el art. 6° de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, éste no responde: *"El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".*

## § 186. Responsabilidad por las actividades riesgosas

### *a) Antecedentes*

En el Cód. Civil italiano de 1942, se dispone en el art. 2050 se dispone: *"Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para*

*evitar el daño"*. Como bien lo indica GALDÓS, desde entonces las fórmulas normativas no han variado demasiado. En la reforma del art. 1113 del año 1968 *sólo se incorporó la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas*, lo que no impidió a la doctrina y a la jurisprudencia una interpretación que cada vez se fue haciendo más extensa, alcanzando a las *actividades riesgosas* (la cuestión, desde los albores de la reforma, se planteó especialmente en relación a los accidentes de tránsito, pero luego de extendió a otros supuestos). El razonamiento era el adecuado, máxime —como ya se indicó— cuando la actividad comprendía el uso de las cosas, en esa zona gris tan dificultosa de establecer. Pero también la *pura* actividad *per se* riesgosa fue valorada, quebrándose el principio de la responsabilidad subjetiva por el hecho propio. Los proyectos de modificación del Cód. Civil lo contemplaban, y la doctrina y la jurisprudencia avanzaron decididamente en tal senda. Un avance de suma importancia (y cuantitativamente trascendente), significó la consagración de la responsabilidad objetiva en las relaciones de consumo (art. 40, ley 24.240 —t.o. ley 24.999—). En el CCyC, finalmente, la figura se recoge.

### *b) Caracterización*

En el art. 1757 del CCyC se dispone, luego de consagrarse la responsabilidad por el hecho de las cosas, que también toda persona responde por el daño causado por *"las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización"*.

No se limita a las actividades en las que se empleen cosas (generalmente ello ocurre, y —como se indicó— en algunas situaciones es dificultoso determinar si hubo hecho de la cosa o actividad riesgosa o peligrosa), ni tampoco a las actividades obradas de manera individual: el *riesgo de empresa* es una especial manifestación de la actividad riesgosa o peligrosa, que combina factores humanos y materiales, en intrincada interacción.

*(i) Actividad "riesgosa" o "peligrosa"*. No queda en claro si la conjunción "o" distingue ambas categorías como diferentes, o las considera sinonímicas.

GALDÓS indica que "las actividades peligrosas completan e integran a las riesgosas, conformando un bloque de imputación objetiva por la interacción entre ambas. Según el Diccionario de la Real Academia Española "peligroso" significa "que tiene riesgo o puede ocasionar daño". Por su lado "peligro" si bien tiene una significación emparentada con el riesgo (importa la "contingencia inminente de que suceda algún mal") también se refiere al "obstáculo o situación que aumenta la inminencia del daño". Esta última caracterización, la situación que puede causar daños, es reveladora de que la actividad trasciende el

marco de la intervención o participación de una cosa y de qué riesgo y peligro de la actividad operan complementándose porque comprenden también "situaciones", como equivalentes —según el mismo Diccionario— al "conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento". En tanto que MÁRQUEZ y CALDERÓN sostienen que se trata de expresiones sinonímicas: "no hallamos, sin embargo, razones justificativas ni criterios satisfactorios de deslinde entre estas categorías, por lo que creemos que se trata de una única figura (la actividad riesgosa o peligrosa) a la que puede aludirse mentando uno de sus adjetivos, o ambos de manera conjunta".

En nuestra opinión, y más allá de algún matiz conceptual diferencial, entendemos que no corresponde distinguir ambas categorías (§ 77), y admite las siguientes variantes:

*(i.1) Por su naturaleza.* Son las que resultan *per se* riesgosas o peligrosas, como el transporte de combustibles.

*(i.2) Por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.* En nuestra opinión, se trata —en ambos casos— de actividades normalmente inocuas que *en el caso concreto* se vuelven riesgosas o peligrosas en función de las circunstancias recién apuntadas. Es lo que ZAVALA DE GONZÁLEZ denomina *riesgo accidental*, y que puede o no presentarse, según el caso. Por ej., una actividad deportiva que en sí misma es inocua, pero que es realizada al aire libre en un día de tormenta eléctrica, cayendo un rayo que mata a uno de los participantes. Aquí juegan un rol fundamental las *reglas de la experiencia*, debiendo el análisis causal ser efectuado *a la luz de las reglas de la causalidad adecuada,* esto, es mediante la prognosis póstuma. De lo contrario, *toda* actividad que haya causado un daño debería ser considerada riesgosa —por definición— lo que no se compadece con el concepto *jurídico* de riesgo (§ 77).

*(ii) Determinación.*

*(ii.1) Por la ley.* En ciertos casos, el ordenamiento califica como tales a ciertas actividades: en las relaciones de consumo (art. 40, ley 24.240); contaminación ambiental (ley 25.675); responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos (ley 23.184, t.o. ley 24.192), responsabilidad del propietario de establecimientos educativos (art. 1767 CCyC); responsabilidad del transportista por daños causados a las personas transportadas (art. 1286 CCyC); responsabilidad por actividad peligrosa de un grupo (art. 1762 CCyC); etc.

*(ii) Por la naturaleza de la actividad. ¿Criterio amplio o restrictivo?* Ante la ausencia de normativa específica, es tarea del intérprete establecer si se está o no ante una actividad riesgosa o peligrosa.

Como ya lo hemos adelantado, participamos de la opinión que postula que debe tratarse de una actividad que genere un riesgo calificado o un peligro de daño especial (§ 77.c). Es que, de lo contrario, se difuminaría —en los hechos— la responsabilidad directa por culpa, si es que se aplica un criterio sumamente extenso.

En posición contraria, GALDÓS sostiene que la norma actual no distingue, que la diferenciación postulada no tenía reconocimiento mayoritario por la doctrina y la jurisprudencia, que importaría incorporar una "tercera" categoría, y que la interpretación "encuentra su adecuada valla de contención en la elaboración de parámetros o estándares que eviten las desmesuras permitiendo al sindicado como responsable de la prueba no sólo de la inexistencia del hecho, de la ruptura del nexo causal, "sino negando la calificación de un obrar como riesgoso y reclamando la inaplicación del art. 1757, CCyC", o sea demostrando que no fue la actividad la causante del daño o que en el caso no actuó el riesgo de la actividad, o —directamente— que no medió intervención de la actividad riesgosa o peligrosa".

*(iii) Su exclusión en la responsabilidad de los profesionales liberales.* En el art. 1768 del CCyC se dispone: "*La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757*". Por ende, se trata de una exclusión, sólo en beneficio de los profesionales liberales (y no de otros profesionales que no tengan tal calidad), que ha sido calificada como un privilegio y equivocado, desde que si lo que se pretende es favorecer estas actividades (lo que es lógico, especialmente en materia de actividades médicas), hubiera sido mejor la atenuación de la responsabilidad (MÁRQUEZ/CALDERÓN). Vale recordar, por ej., que en el Cód. de Consumo de Brasil, si bien los profesionales liberales quedan alcanzados por dicha normativa (no así en nuestro ordenamiento), su responsabilidad es *subjetiva* (art. 14). En nuestra opinión, *sólo* debe entenderse comprendida la responsabilidad por *el hecho propio del profesional*, sin perjuicio de la de otros eventualmente involucrados (por ej., la del establecimiento de salud).

### *c) Legitimados pasivos*

En el art. 1758 del CCyC se dispone: "*En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho*

*de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial"*. Se trata del autor directo, o de quien "se sirve", en el sentido de ser el titular de la actividad, quien responde por la introducción del riesgo (MÁRQUEZ/CALDERÓN), y de quien "obtiene un provecho", locución que debe ser entendida en sus justos límites: este sujeto debe contar con la posibilidad *material* de control de la actividad riesgosa. Sin embargo, la ley puede *excluir* a alguno de estos sujetos, como es el caso de recién citado del art. 1768 del CCyC o el transportista en el art. 40 de la ley 24.240 (que tiene una responsabilidad limitada a su propia tarea); o *ampliarla*, como el caso de la responsabilidad ambiental (art. 31, ley 25.675).

### *d) Eximentes. Exclusiones*

Rigen aquí también las eximentes generales del factor objetivo de atribución, y se encuentran excluidas como tales (al igual que en el caso de la responsabilidad por el hecho de las cosas), la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención (art. 1757 CCyC).

## IV. LAS RESPONSABILIDADES EN PARTICULAR

### § 187. Los casos. Aclaración metodológica. Remisión

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

Existen innumerables situaciones en las que se dispone la existencia de responsabilidad civil, y que en cada caso, a veces constituyen la aplicación *pura* de una de las tipologías antes indicadas (por ej., el caso del hecho de los animales —art. 1759 CCyC— que es un caso de daño causado por la cosa), o presentan diversos supuestos en los que se presentan varias de ellas. Nos resulta virtualmente imposible, por cuestiones de espacio y método, agotar el estudio de todas y cada una de las responsabilidades especiales. Por ello, en los próximos capítulos, sólo presentaremos los rasgos generales de algunas de ellas.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

BANCHIO, Enrique C., *Responsabilidad obligacional indirecta*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

BUERES, Alberto J. en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*

BURGOS, Débora, "Responsabilidad colectiva y anónima en el Código Civil y Comercial", RCyS, n. 4, La Ley, abril 2015, p. 201.

CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.

GALDÓS, Jorge M., "Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código", LL del 23/3/2016.

GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad de tutores y curadores. Inconsistencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación", LL Gran Cuyo 2015 (febrero), p. 1.

JUANES, Norma - CARRASCO, Valeria, "Responsabilidad por actos involuntarios en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 309 y ss.

LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, "Responsabilidad de los padres y otras personas encargadas", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

MÁRQUEZ, José Fernando - CALDERÓN, Maximiliano, "Responsabilidad por actividades riesgosas", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código civil y Comercial.*

MAYO, Jorge A. en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*

MÜLLER, Enrique, "Responsabilidad por daño causado por animales", RCyS 2015-IV-190.

PALMERO, Juan Carlos, *El daño involuntario*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

PLOVANICH, María Cristina, "Responsabilidad de los padres en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-167; DFyP del 8/6/2015, p. 30.

QUAGLIA, Marcelo, "Responsabilidad por el hecho del dependiente", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

RODRÍGUEZ SALTO, Pablo D., "Sobre la noción de guardián y la responsabilidad del comodatario", LLPatagonia del 23/12/2015, p. 1310; RCyS 2016-III-45.

SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* del 17/11/2014, p. 143.

SILVESTRE AIMO, Norma O. - MARINO, Abel E., "Responsabilidad por los hechos de los auxiliares obligacionales y de los dependientes", RCyS 2015-IV-155.

TRIGO REPRESAS, Félix A., "La dependencia en los ámbitos contractual y extracontractual", en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2007-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 19/11/1991, "O'Mill, Allan E. v. Provincia del Neuquén", LL 1992-D-228.

# CUARTA PARTE

# ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

# CAPÍTULO XI

# RESPONSABILIDADES ESPECIALES

## I. ACCIDENTES DE TRÁNSITO

### § 188. Una problemática creciente

Las estadísticas relativas a los accidentes de tránsito evidencian que el fenómeno sigue en aumento, y con consecuencias trágicas, en lo humano y lo económico. Muertes y lesiones incapacitantes de por vida por doquier, afectando a los bienes jurídicos del más alto valor: la vida y la integridad psicofísica de las personas. Pero, a la vez, ello produce astronómicas pérdidas económicas, que generan —desde el punto de vista causal— un fenómeno de inusitadas repercusiones: la destrucción de los bienes y su necesidad de reemplazarlos o repararlos; los enormes gastos que los particulares y el Estado deben afrontar para la curación de los accidentados, y las eventuales pensiones y prestaciones por discapacidad; la pérdida de la capacidad productiva de quienes sobreviven; la litigiosidad, en muchos casos malsana, que ha generado una "industria del juicio" en esta materia; las proyecciones en los costos de los seguros; el escaso control del Estado; y tantas otras variables que han generado un problema de difícil solución.

Hace casi 30 años, Carlos Santiago NINO revelaba lo que, tal vez, sea el problema de fondo: "la existencia en la sociedad argentina de una pronunciada tendencia general a la ilegalidad y a la anomia resulta bastante fácil de percibir...; la imagen externa de una sociedad está dada por cómo se transita por sus calles y rutas, cómo se mantiene el aseo de los lugares públicos y cómo se cuida la estética urbana: hay pocos países en el mundo en que se manifiesta un desprecio tan amplio por las reglas que rigen el tráfico de automotores y peatones que el que se da en la Argentina".

## § 189. El anclaje normativo de la responsabilidad

### *a) El Cód. Civil y Comercial. Una nueva norma*

En el CCyC se ha producido una modificación trascendente, desde lo normativo. En el art. 1769 del CCyC se dispone que *"los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos"*. Con ello, termina otra polémica, la relativa al factor de atribución de la responsabilidad. Si bien la doctrina y la jurisprudencia abrumadoramente mayoritarias postulaban la aplicación del art. 1113, 2° párrafo, del Cód. Civil para este caso, aún todavía se sostenía que la responsabilidad del conductor, al ser una *actividad*, debía resolverse por las reglas de la culpa. No cabe dudar ahora que *cualquiera sea el vehículo* (la ley no distingue), en tanto y en cuanto se trate de un accidente de tránsito, se responderá objetivamente, sea por el riesgo o vicio de la cosa, sea por tratarse de una *actividad riesgosa*.

### *b) Las leyes de tránsito*

A nivel nacional rige la ley 24.449, denominada "Ley de Tránsito", cuyo art. 1° reza. *"Ámbito de la aplicación. La presente ley y sus normas reglamentarias regulan el uso de la vía pública, y son de aplicación a la circulación de personas, animales y vehículos terrestres en la vía pública, y a las actividades vinculadas con el transporte, los vehículos, las personas, las concesiones viales, la estructura vial y el medio ambiente, en cuanto fueren con causa del tránsito. Quedan excluidos los ferrocarriles. Será* ámbito *de aplicación la jurisdicción federal. Podrán adherir a la presente ley los gobiernos provinciales y municipales"*.

Esta ley tiene un ámbito de aplicación muy acotado, ya que las Provincias tienen sus propios ordenamientos y también los municipios (en razón de la autonomía municipal). Ello provoca la necesidad de determinar, en primer lugar, *bajo qué jurisdicción aconteció el accidente de tránsito, a fin de determinar la ley de circulación aplicable.*

En el art. 64 de dicha ley se dispone que *"se considera accidente de tránsito todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación"*.

### *c) Las normas generales sobre responsabilidad civil*

Salvo alguna que otra cuestión puntual, *no existen más normas que las señaladas que contemplen específicamente la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito.* Por ende, en *todas* las otras cuestiones se aplican las normas generales de la responsabilidad, adaptadas al caso concreto.

### *d) Su insuficiencia. Consecuencias*

En más que claro que la envergadura de esta problemática requiere un abordaje multidisciplinario, y —muy especialmente— una *ley* que regule de manera adecuada la responsabilidad por accidentes de tránsito, no en relación a los daños resarcibles (esta cuestión debe regirse por las reglas generales), sino —fundamentalmente— en los aspectos relevantes de la configuración del hecho dañoso y la atribución de responsabilidad. La casi absoluta ausencia de normas específicas (más adelante se analiza el rol de las normas sobre el *tránsito* y su rol en la responsabilidad civil) ha motivado multiplicidad de soluciones tanto jurisprudenciales como doctrinarias, con la consiguiente inseguridad jurídica que se genera, en un tema tan sensible y de tal repercusión. El casuismo es inagotable y las presunciones *hominis* juegan un rol preponderante. Sería necesario, de una vez por todas, consagrar presunciones *legales* de responsabilidad en ciertos casos, que eventualmente admitan alguna prueba en contra pero con criterio harto restrictivo. Además, la cuestión de las autonomías provinciales y municipales —en nuestra opinión— debe ser revisada en esta materia, aún cuando sea en los aspectos más generales, a fin de contar con una legislación única, no ya sobre circulación, sino sobre responsabilidad, la cual —claro está— debería contener algunas reglas básicas sobre lo primero. El *efecto pandémico* de los accidentes de tránsito lo justifica, y ampliamente.

## § 190. Ámbito de aplicación del art. 1769 del Cód. Civil y Comercial

En nuestra opinión, y sin perjuicio de las diversas legislaciones sobre el tránsito, la amplia fórmula del art. 1769 del CCyC permite englobar en el régimen de responsabilidad objetiva por hecho de las cosas o por actividades riesgosas a *todos* los hechos dañosos sucedidos en el marco de la *circulación de vehículos,* sea cual sea su naturaleza. La ley no distingue, ni remite a normativa específica. Así, se trate de automotores, bicicletas, carros tirados a caballos, patinetas o *rollers,* y cualquier otro implemento que pueda ser considerado como *vehículo*, la norma devendrá aplicable. En el Diccionario de la Lengua, *vehículo* significa *"Medio de transporte de personas o cosas"*, locución de amplísimo rango, que puede comprender a aque-

llos traccionados por la fuerza humana, como así también por otras energías y mecanismos. Somos de la opinión, pues, que la interpretación debe ser amplia, y comprende tanto los daños causados por la colisión entre vehículos, o bien entre éstos y los peatones.

En contra ALFERILLO, quien sostiene que debe acudirse a la ley de tránsito para determinar si la cosa es o no un "vehículo", concluyendo que "podemos aseverar que en función de la calificación como 'vehículo' que se le otorgue al protagonista del accidente de tránsito, se define si le es aplicable o no el presente artículo (el 1769), y, con ello, el factor de atribución, la carga probatoria de la eximición de la responsabilidad, etcétera".

## § 191. Responsabilidad del conductor del vehículo

Como ya lo hemos indicado, *el factor de atribución de la responsabilidad del conductor del vehículo es objetiva,* sea que se entienda que se trata del riesgo o vicio de la cosa, o que se está en presencia de una actividad riesgosa, cualquiera sea el vehículo empleado: *circular en la vía pública es, hoy, una actividad riesgosa.*

Por tales razones, debe descartarse *toda* referencia o valoración de la *culpabilidad,* pulsión a la que a veces es difícil resistirse, en función —especialmente— de la circunstancia (de no menor entidad) que es la palmaria violación de las reglas de tránsito.

Es que esto último se trata de *otra cosa.* Si ha existido violación de una norma de tránsito (y se ha causado un daño), la conducta será antijurídica, salvo que se acredite una causa de justificación. Y si bien, en el marco de la responsabilidad subjetiva, la violación de las normas generaba una *presunción* de culpabilidad, lo cierto es que ahora ello debe valorarse desde la óptica *causal:* de la conducta violatoria de la norma (debidamente acreditada), podrá generarse una *presunción hominis* de causalidad. Es que son los hechos y las conductas de los agentes, valoradas en función de la previsibilidad de sus efectos, y no las normas reglamentarias, los que determinan la causalidad jurídica. Los deberes de diligencia impuestos por las normas de tránsito, pues, tienen el valor indicado en el marco de la responsabilidad objetiva que aquí se ha estatuido.

De todas maneras, cabe señalar que la carga de la prueba de la eximente pesará sobre el interviniente en el siniestro demandado, en tanto y en cuanto se haya probado su participación en el suceso (§ 60). La Corte Suprema ha postulado, desde hace varios años, la aplicación de la responsabilidad del art. 1113 del Cód. Civil al con-

ductor (casos "S. M. C. v. Provincia de Buenos Aires y otros", "Valle Roxana Edith", etc.).

## § 192. Responsabilidad del dueño y del guardián

En ambos casos la responsabilidad también es objetiva, y concurrente —entre ellos— y, eventualmente, con la del conductor si es que existe además otro guardián (§ 185.c).

### *a) El dueño*

Si se trata de vehículos no registrables, la titularidad se determinará por las reglas generales del dominio de las cosas muebles; en tanto que si se trata de automotores la cuestión se regirá por el dec.-ley 6582/1958 (t.o. dec. 1114/1997, y modificado por las leyes 25.232, 25.345 y 25.677): el *dueño* será quien se encuentre inscripto como tal en el Registro de la Propiedad automotor, tal cual se dispone en el art. 1: "*La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor*" (v. *Obligaciones* § 94).

### *b) El caso especial de la "denuncia de venta"*

En el art. 27 del dec.-ley 6582/1958 se dispone: "*Hasta tanto se inscriba la transferencia el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, en su carácter de dueño de la cosa. No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este* último *hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquel, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes el no debe responder, y que el automotor fue usado en contra de su voluntad. La comunicación prevista en este artículo, operará la revocación de la autorización para circular con el automotor, si el titular la hubiese otorgado, una vez transcurrido el término fijado en el art. 15 sin que la inscripción se hubiere peticionado, e importará su pedido de secuestro, si en un plazo de treinta (30) días el adquirente no iniciare su tramitación. El Registro notificará esa circunstancia al adquirente, si su domicilio fuere co-*

*nocido. Una vez transcurrido el plazo mencionado o si el domicilio resultase desconocido, dispondrá la prohibición de circular y el secuestro del automotor...".*

Sucede con frecuencia que se vende el automotor, incluso instrumentándose el contrato, pero no se practica la inscripción respectiva. Si el dueño lo entrega al adquirente en estas circunstancias, en principio queda obligado, *salvo* que formule la comunicación (llamada "denuncia de venta" prevista en esta norma, caso en el cual el adquirente revestirá en relación al dueño la calidad de tercero por quien no debe responder y, por ende, se configurará la eximente del *hecho del tercero* (art. 1731 CCyC).

Compartimos la opinión que postula que la solución es lamentable, absolutamente regresiva, que trastoca la rigidez aparente del sistema, y deja peligrosamente desprotegida a la víctima, postulándose —por ende— una interpretación restrictiva de la eximente (PIZARRO/VALLESPINOS). Sin embargo, la Corte ha dado un paso más (regresivo, en nuestra opinión), al resolver en el año 2002 que si se acredita fehacientemente la transferencia de la guarda antes del suceso dañoso, es posible también eximirse de responsabilidad (caso "C.M. y otros c/ Provincia de San Luis", luego reiterado en otros pronunciamientos). Incluso nos atrevemos a postular la *inconstitucionalidad* de dicha norma, por lesión al *derecho a la reparación plena de la víctima* (§ 123), ya que, en definitiva, la deja librada a la exclusiva voluntad (e irresponsabilidad) de quienes han obrado de manera inadecuada, pese a la previsión legal, en razón de no haber practicado la inscripción respectiva, que es lo que corresponde.

### *c) Guardián*

En función del concepto amplio que se adopta ahora en el art. 1758 del CCyC (§ 185.c), no cabe dudar de que la persona que, no siendo dueño, tiene un poder independiente de mando o de control sobre la cosa (de hecho, incluso), o en tales condiciones lo haya delegado en un tercero, será reputado *guardián*, al igual que (en su caso) este último.

### *d) Cesación de la responsabilidad*

Es de aplicación la regla general del art. 1758 del CCyC (el uso en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián),

la que —como se dijo— debe ser interpretada con criterio restrictivo (§ 185.d). Así, por ej., no cesará su responsabilidad si el hijo (mayor de edad) le "sustrae" las llaves una noche mientras duerme, y conduce el auto, produciendo un accidente de tránsito.

*e) Cosa en movimiento y cosa inerte*

Aún cuando el vehículo se encuentre sin movimiento alguno en la vía de circulación o en el lugar de estacionamiento, de todas maneras la intervención causal en el siniestro generará la presunción del art. 1757 del CCyC. Las circunstancias de hecho del caso concreto determinarán si ha existido contribución causal total o parcial (por ej., un automóvil mal estacionado), o si no la ha habido (un automóvil detenido ante el semáforo en rojo, que es embestido por detrás).

## § 193. Pluralidad de responsables. Concurrencia

Tanto el conductor como el dueño y el guardián (si los tres fueran, eventualmente, personas distintas) serán responsables *concurrentes* frente a la víctima (art. 1758 y 1751, 2° párrafo, CCyC) (v. *Obligaciones* § 260 y ss.). También, en su caso, el asegurador, que podrá ser citado en garantía, en los términos del art. 118 de la ley 17.417, que reza: *"El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de* éste, *aun en caso de quiebra o de concurso civil. Citación del asegurador. El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador. Cosa juzgada. La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra* él *en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos"*.

## § 194. Presunciones de responsabilidad y eximentes

Al tratarse de una responsabilidad objetiva, la *no culpa* no es eximente invocable, y, en el caso de un accidente de tránsito, *pesa sobre el demandado* (acreditada la existencia del siniestro) la prueba

de las eximentes de la relación causal (art. 1736 CCyC - § 63). Si bien imperan las reglas generales, existen algunas situaciones específicas a contemplar.

### *a) Las presunciones legales. Su carácter. La violación de las reglas de tránsito*

En la ley 24.449, existen *dos* presunciones de suma importancia. En el art. 64 se dispone "*Se presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron. El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito*".

Como puede observarse, en tanto y en cuanto sea aplicable esta ley, la *violación de la prioridad de paso, la infracción a las normas de la circulación y el hecho de lesionar un peatón* generan *presunción* de responsabilidad (*rectius: de atribución causal en el hecho*), pero que no es absoluta, ya que admite prueba en contrario, aunque es más restrictiva a favor de los peatones. Las leyes provinciales y las ordenanzas municipales a veces contienen normas similares.

Asimismo, la violación de las reglas de tránsito —como se indicó— genera también una presunción de responsabilidad.

De todas maneras ello no por sí solo es determinante. Por ej., el hecho de circular sin carnet habilitante (pero de manera reglamentaria) no tiene incidencia causal alguna ante el hecho del tercero que, violando la prioridad de paso (por ej., por la existencia de un semáforo en rojo) embiste al primero.

### *b) Presunciones* hominis

La jurisprudencia es profusa, y en algunos casos contradictoria, pero se han llegado a construir ciertos criterios basados en las reglas de la experiencia, que tienen fuerte predicamento. Entre otros:

*(i) El vehículo embistente.* Se presume la responsabilidad de quien embiste a otro con la parte delantera de su coche. La presunción se agrava cuando el embestido es un peatón, ya que ello supone no haber circulado guardando la distancia reglamentaria, ni haber tenido el pleno control del vehículo. Pero se

indica como excepciones, entre otras, si se acredita que la colisión se produjo por una maniobra imprudente o desacertada del embestido (hecho de la víctima); si existe hecho de un tercero (ej: cuando el embistente es, a su vez, embestido).

*(ii) Violación de la prioridad de paso. Nuestra opinión.* Ante la ausencia de norma, este elemento también se constituye en un inestimable instrumento para determinar la responsabilidad. Entendemos que *la regla debe ser casi absoluta*, y que en modo alguno puede apelarse al remanido argumento de "haber traspuesto la media calzada", o "haber ganado la mano de circulación", ya que ello, en definitiva, torna vencedor a quien más rápido haya circulado, lo cual es un sinsentido. Salvo situaciones harto excepcionales (por ej., que pese a la *aparente* violación de la prioridad de paso, el otro vehículo haya circulado a una muy alta velocidad), somos partidarios de la aplicación a rajatabla de esta regla, tal vez, la más importante para ordenar el tránsito.

*(iii) Giros y adelantamientos indebidos.* También generan una presunción *iuris tantum* y en general, toda circunstancia en que el adelantamiento implique una perturbación en la marcha normal de los demás vehículos y pueda constituir por ésta o por otra causa, un peligro para terceros. Requiere una muy adecuada ponderación de las circunstancias y un criterio alerta y prudente.

*(iv) Velocidad del vehículo.* La velocidad que se imprime al vehículo debe ser tal que permita en todo momento al conductor mantener un férreo dominio sobre el móvil. La velocidad apropiada, no es siempre la establecida en las normas, sino la que en disímiles condiciones permite maniobrar al conductor con eficacia y mantener el control del vehículo. No se trata de una cuestión de *culpabilidad*, como ya se ha analizado, sino de *incidencia causal en el resultado concreto.*

Por ende, la cuestión queda librada a la valoración que el juez efectúe en el en caso en particular, debiendo tenerse en cuenta que en ciertas situaciones pueden existir presunciones que favorezcan a los dos intervinientes, lo cual complejiza sobremanera las cosas.

En nuestra opinión, sería deseable que se plasmaran presunciones en la ley de fondo, e incluso que algunas fueran "casi" iure et de iure (limitándose la prueba en contra), a fin de imponer en los actores del tránsito determinadas conductas, y hacerlos responsables ante su inobservancia. La ausencia de límites claros, sumado a las dificultades probatorias en cada hecho concreto, son las que provocan la dispersión y el caos jurisprudencial existentes.

### c) El hecho de la víctima. El caso del peatón

La presunción legal *agravada* a favor del peatón, emergente del art. 63 de la ley 24.449, se ha trasladado también para los casos en que la ley específica no la dispone como *presunción hominis*, en

razón de la natural vulnerabilidad de la persona humana frente a los vehículos. Existe, por así decirlo, una mayor sensibilidad al abordarse estas situaciones (particularmente en el caso de niños embestidos por vehículos), por la tutela de la persona frente a los daños que producen las máquinas.

De todas maneras, no debe acudirse a criterios extremos, ya que aquí la *causalidad adecuada* juega un rol preponderante, en orden al *hecho de la víctima*: la violación de las normas que rigen la conducta de los peatones en la vía pública, con prescindencia de su imputabilidad, generará también una presunción en su contra, y la cuestión deberá ser delicadamente sopesada por el juzgador (por ej., cruzar una calle fuera de la senda peatonal, o interponerse de modo imprevisible).

### *d) El hecho de la víctima en la producción de los daños*

Debe distinguirse, por una parte, la *responsabilidad por el accidente de tránsito,* de la que corresponde imputar a las víctimas en razón del *daño* efectivamente sufrido. Supóngase que un motociclista es embestido por un tercero, que traspuso una encrucijada sin prioridad de paso (por la existencia de semáforo en rojo), y como no llevaba casco protector, sufre daños en su cabeza al golpear contra el suelo. O quien circulaba en una camioneta de gran porte habiendo en ella más personas que las que el rodado admitía, algunas sin cinturón de seguridad, y como consecuencia de un choque (de exclusiva responsabilidad de un tercero), sufren daños importantes a su integridad psicofísica. En tales supuestos, si bien la responsabilidad *en el accidente* de tránsito será atribuida al tercero de manera exclusiva, puede acontecer que no suceda lo mismo respecto de las consecuencias dañosas. Es que si el análisis causal —a la luz de las reglas de la causalidad adecuada— permite establecer que de hacerse portado el caso, o de haberse colocado el cinturón de seguridad, ciertas lesiones físicas no se habrían producido, éstas deberán atribuirse al hecho de la víctima.

### *e) El caso del menor de edad habilitado para conducir por la autoridad*

Si en tales circunstancias se ocasiona un daño en la circulación, hay que distinguir dos situaciones: en ciertas jurisdicciones, se otorga licencia habilitante a los menores para conducir (incluso, a los 16

años), pero *con autorización* de sus padres o representantes legales. En tal supuesto, no dudamos en que se mantiene la responsabilidad del art. 1754 del CCyC antes analizada. Pero si el menor puede, por sí solo, obtener la licencia para conducir, ello escapa indefectiblemente al poder de actuación de los padres, razón por la cual —en dicho rol— no serán responsables, sin perjuicio que eventualmente se les atribuya en el carácter de dueño o guardián del vehículo, que es una cuestión diferente.

*f) Concausalidad*

En no pocos casos se determina que la incidencia causal en el accidente de tránsito se ha debido a la actuación de *ambos* (o más) protagonistas. En tal supuesto, lo que debe determinarse es el *grado* de incidencia causal que cada uno ha tenido en el suceso, lo cual disminuirá proporcionalmente la responsabilidad por los daños causados al otro.

## § 195. La llamada "neutralización de riesgos". Su improcedencia

Luego de la reforma de la ley 17.711, y aceptada la responsabilidad objetiva (al menos) para el caso de riesgo o vicio de la cosa, se discutió respecto a cuáles eran las consecuencias en orden al factor de atribución, si concurrían los "riesgos" de ambos automotores.

Algunos autores postularon que si dos o más vehículos colisionaban "la responsabilidad NO puede fundarse en el riesgo creado, porque los dos vehículos crean riesgos. De tal modo que este fundamento de la responsabilidad queda neutralizado y por ello la cuestión debe decidirse rigurosamente en atención a la culpa de los conductores" (BORDA, ORGAZ, BUSTAMANTE ALSINA).

Esta postula luego fue absolutamente abandonada por la doctrina y la jurisprudencia, en posición que compartimos plenamente, y más aún a partir de la objetivación absoluta de la responsabilidad en nuestro caso: se postuló la existencia de "riesgos recíprocos", lo cual concedía dos acciones diferentes a cada lesionado, y cada presunción se aplica en su esfera propia (TRIGO REPRESAS, ZAVALA DE GONZÁLEZ, PIZARRO, etc.). No ha, pues, neutralización del riesgo.

La Corte ha adherido a esta postura en los siguientes términos: *"La sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco no*

*excluye la aplicación de lo establecido con relación a la responsabilidad por el hecho de las cosas en el art. 1113, párr. 2°, parte 2ª del Cód. Civil —en el caso, uno de los automovilistas embistentes en un choque múltiple logró eximirse de responsabilidad acreditando que había sido chocado, a su vez, por otro vehículo—, de modo tal que se crean presunciones de causalidad concurrentes como las que están a cargo del dueño o guardián de la cosa riesgosa, quienes deben afrontar el daño causado salvo que prueben la existencia de factores eximentes"* (caso "Blanco", año 2003). Por ende, si las partes de un juicio de daños provocada por la colisión de automóviles, no logran acreditar el hecho ajeno, cada uno deberá soportar el daño causado al otro, en tanto haya existido reconvención por parte del demandado.

## II. DAÑOS CAUSADOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

### § 196. La incidencia de las relaciones de consumo en las relaciones jurídicas. Remisión

Como ya se ha analizado, la irrupción de los derechos del consumidor y su rango constitucional (art. 42) ha provocado un verdadero cimbronazo en las relaciones jurídicas (v. *Obligaciones* § 17). Los *daños* causados al consumidor por la prestación de servicios o por productos tiene un régimen propio, el que debe ser integrado con las normas generales, partiéndose de la siguiente premisa: se trata de un sistema propio, autónomo, y las restantes normas (aún las generales de la responsabilidad civil) deben interpretarse y aplicarse a la luz de las reglas y principios propios de las relaciones de consumo (art. 3°, ley 24.240; y art. 1094 CCyC).

### § 197. Los lineamientos generales

En el ámbito de la responsabilidad por daños en las relaciones de consumo, encontramos que a la luz de la normativa vigente, se presentan las siguientes características generales:

#### *a) Regulación de las tres funciones de la responsabilidad civil*

En efecto, se dispone respecto de la prevención de los daños, la función resarcitoria y la sancionatoria.

*b) Asistematicidad normativa*

Las disposiciones, en varios aspectos, no son autosuficientes, lo que en ciertos casos se justifica (por ej., en la regulación del *daño resarcible*) y en otras no tanto (por ej., en materia de consecuencias resarcibles). Ello trae aparejada la necesidad de acudir a las normas del derecho común, cuando hay lagunas normativas, las que deben ser reinterpretadas a la luz de los principios que rigen las relaciones de consumo.

En otros ordenamientos existen regulaciones más completas, y con vocación de autosuficiencia. Por ej., en el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Brasil (art. 8° a 28); y en la ley española (el texto refundido del año 2007), arts. 128 a 149.

*c) Unificación de las órbitas de la responsabilidad. Alcances*

Si bien es claro que en ciertos casos se está en presencia de responsabilidad por incumplimiento obligacional (en especial, contractual), y también extracontractual, no existen en la ley 24.240 diferencias apreciables. El concepto de *relación de consumo* resulta comprensivo de todas las situaciones. Sin embargo, varias de las que sustancialmente existen en dichos regímenes (§ 16 y 17) también son aplicables a las relaciones de consumo. Lo propio respecto de las normas específicas de la responsabilidad precontractual (§ 22).

*d) Factor de atribución*

La responsabilidad de la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios frente al consumidor es *siempre* objetiva, fundada en el riesgo o vicio de las cosas o los servicios (art. 40, ley 24.240), o en la garantía y la seguridad.

*e) Solidaridad*

La ley 24.999 restableció la solidaridad de los integrantes de la cadena de producción y comercialización en el caso de causación de daños al consumidor, vetada del texto original de la ley 24.240 en 1993 (art. 40).

*f) Existen normas procesales*

La ley contiene importantes disposiciones procesales, en especial las del art. 53, en la que se consagró la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, y el *beneficio de gratuidad* en los litigios judiciales.

*g) Se contempla la reparación de ciertos daños por vía administrativa*

Se trata del "daño directo", contemplado en el art. 40 bis de la ley.

## § 198. Prevención de los daños al consumidor

*a) Caracterización*

La *función preventiva* (§ 113 y ss.), tiene expreso anclaje normativo en la ley 24.240. Los arts. 52 y 53 legislan la posibilidad de efectuar reclamos judiciales ante la existencia de una *amenaza* a los derechos e intereses de los consumidores, lo cual debe además concordarse con los arts. 42 y 43 de la Const. Nac. Los derechos a la seguridad, a la protección de la salud, a la información, a la tutela de sus intereses económicos, a la libertad de elección, etc., deben ser apuntalados desde el comienzo mismo de la relación de consumo.

Como lo advierte FARINA, las normas son "preventivas en su mayor parte, porque el sistema tradicional sólo genera reacción jurídica frente al daño ya producido, lo cual es absolutamente estéril en el ámbito de la protección del consumidor. La ley 24.240 admite actuaciones con fines preventivos, cuando los intereses de los consumidores y usuarios 'resulten amenazados' (art. 52)". En igual sentido, MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI observan que la protección es más amplia, pues lo tutelado "no sólo es el interés dañado ('afectado'), sino 'amenazado'.... la amenaza de daño es fundamento de medidas cautelares tendientes a evitarlo, es una medida netamente preventiva". Se patentiza así el efecto principal de la tutela sustancial inhibitoria: impedir que una conducta ilícita dañe a otro de modo tal que carece del efecto subrogatorio que caracteriza a la acción resarcitoria pues este tipo de se dedica a garantizar la integridad del derecho mismo (LLAMAS POMBO).

Así las cosas, la prevención pasa a ser uno de los ejes axiales del sistema: "Es de la esencia del derecho del consumidor la característica preventiva de sus normas y soluciones del sistema de protección, imponiendo una de las más notables superaciones del sistema clásico que solo genera reacción jurídica frente al daño ya producido. Y ello será absolutamente estéril en el ámbito de protección del consumidor, pues los costos sociales que dejan como secuela (no sólo a los consumidores sino al propio mercado) los accidentes de consumo y las

prácticas abusivas, no son reparables a través de los mecanismos sancionatorios tradicionales" (R. STIGLITZ/G. STIGLITZ).

### *b) Normas específicas*

La ley incorpora la noción de prevención del daño en varios de sus artículos e instituciones: el *deber de información* (arts. 4°; 1100 CCyC - *Obligaciones* § 173); la *obligación de seguridad* (arts. 5° y 6° y 28 —este último para los servicios públicos domiciliarios— § 84); normas sobre *educación al consumidor;* el *control preventivo* de los arts. 38 y 39 (en orden a las facultades de la autoridad de aplicación de "vigilar que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas de las previstas en el art. 37 de la misma ley" —RINESSI—); la incorporación de las *acciones de incidencia colectiva* (arts. 54 y 54 bis); la amplia legitimación para accionar (art. 52); la posibilidad de aplicación de sanciones administrativas; los *daños punitivos*, cuya función preventiva es clara (§ 116 y ss.).

En el ámbito del Mercosur, se dispuso en la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los consumidores del Mercosur, en el inc. e) que los consumidores tienen derecho *"a la efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y extramatrimoniales causados al consumidor y la sanción de los responsables..."*.

Igualmente, existen normas similares en los arts. 8 a 10 del código brasileño, aunque estas normas son más explícitas: Art. 8°: "Los productos y servicios ofrecidos en el mercado de consumo no presentarán riesgos a la salud o a la seguridad de los consumidores, con excepción de aquellos considerados normales y previsibles como resultado de su naturaleza y uso, obligándose los proveedores, en cualquier circunstancia a suministrar las informaciones necesarias y adecuadas a su respeto. Párrafo Único. Tratándose de producto industrial es responsabilidad del fabricante ofrecer las informaciones a que se refiere este artículo, a través de impresos apropiados que deben acompañar al producto"; art. 9: "El proveedor de productos y servicios potencialmente nocivos o peligrosos para la salud o seguridad deberá informar de manera notoria y adecuada sobre su nocividad y peligro, sin perjuicio a la adopción de otras medidas adecuadas a cada caso concreto"; art. 10: "El proveedor no podrá ofrecer al mercado de consumo producto o servicio lo cual sepa —o que debería saber— presentar alto grado de nocividad o peligro a la salud o seguridad. Párrafo 1. El proveedor de productos y servicios que con posterioridad a la introducción al mercado de consumo se percate de la existencia de peligros que presenten, deberá comunicar el hecho inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores, a través de anuncios publicitarios. Párrafo 2. Los anuncios publicitarios a que se refiere el párrafo anterior deberán hacerse por la prensa, radio y televisión, y serán a costa del proveedor de productos o servicios. Párrafo 3.

Siempre que tengan conocimiento de productos o servicios que ofrezcan peligro a la salud o seguridad de los consumidores, el Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios deberán informarlos al respeto.

### *c) El principio precautorio*

Si bien sólo se encuentra consagrado en la ley ambiental (v. *Obligaciones* § 455), no es difícil colegir las *conexiones* que existen entre el *derecho ambiental* y el *del consumo* en estas cuestiones. Desde el punto de vista de los consumidores el mayor impacto de la tecnología como generadora de riesgos activantes del principio precautorio los encontramos en las *nuevas tendencias alimentarias,* en donde las normas se orientan especialmente a garantizar su *inocuidad* en donde se indica qué información debe ser suministrada al consumidor. También este principio guarda enorme sintonía con la biotecnología, que es la tecnología basada en biología especialmente usada en agricultura, farmacia, ciencia de los alimentos, ciencias forestales y medicina.

## § 199. Función resarcitoria

### *a) La cuestión de la unificación de las órbitas de la responsabilidad*

En el marco del Cód. Civil, en lo atinente a las "interacciones" entre la normativa específica y la general, se tornaba necesario establecer si se estaba ante un supuesto de responsabilidad contractual (por ej., el caso de un contrato de consumo entre el proveedor y el consumidor) o extracontractual (por ej., la responsabilidad por daños causados por un producto elaborado, del fabricante-no vendedor ante el consumidor), por dos razones esenciales: el plazo de prescripción y la extensión del resarcimiento.

En el marco del CCyC estas dos diferencias *han desaparecido:* el plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de *tres años* para todos los casos (art. 2561 CCyC), y el criterio de la *previsibilidad contractual* en orden a las consecuencias resarcibles (art. 1728 CCyC) *no es aplicable a las relaciones de consumo* (§ 143.f).

De todas maneras, subsisten las *otras* diferencias indicadas en el § 17, ya que se trata de dos cuestiones *ontológicamente* distintas. El régimen de la mora, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, la configuración de la antijuridicidad, etc., adquieren perfiles propios en cada una de dichas órbitas. Además, la *responsa-*

*bilidad precontractual* juega un rol preponderante en las relaciones de consumo, situación a la que le son aplicables sus reglas propias (§ 18 y ss.).

### *b) Régimen de las garantías*

Constituyen un piso mínimo indisponible de protección en materia de vicios o defectos de los productos o servicios, en los cuales el proveedor asume la reparación (en sentido lato) de los perjuicios ocasionados por la vulneración de los estándares mínimos de identidad y calidad que son exigibles (FARINA, LORENZETTI).

En materia de *cosas muebles no consumibles,* el art. 11 de la ley 24240 establece: "*Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el art. 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier* índole, *aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo*". Esta norma *integra* el sistema de responsabilidad por daños al consumidor (G. STIGLITZ).

Entre los arts. 12 y 17 se dispone la obligatoriedad de garantizar el servicio técnico (art. 12); la solidaridad en el cumplimiento de la obligación, que alcanza a los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11 (art. 13); el contenido del certificado de garantía y de la constancia de reparación (arts. 14 y 15); la *prolongación* de la garantía mientras la cosa no esté en poder del consumidor (art. 16).

Enorme trascendencia reviste el art. 17, para el caso de *reparación no satisfactoria,* otorgando la posibilidad al consumidor de *optar* por diversos caminos, lo cual genera una situación regida por las reglas de las obligaciones alternativas (v. *Obligaciones* § 182 y ss.): "*Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones*

óptimas *para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales; c) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder".*

*c) Los vicios ocultos*

La responsabilidad, en general, se rige por lo dispuesto en los arts. 1051 a 1058 del CCyC. Constituyen un caso de incumplimiento contractual por la falta de coincidencia entre lo que ha sido prometido y finalmente entregado; y aquí la figura funciona mediante la correlación de los arts. 11 y 18 de la ley.

En este último se dispone: *"Vicios redhibitorios. La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Código Civil; b) El art. 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor".*

En el art. 2176 del Cód. Civil se disponía que si el vendedor conoce o debía conocer los vicios ocultos de la cosa vendida en razón de su oficio o arte, a más de las acciones propias emergente de la figura, el adquirente podía solicitar la reparación de los daños si optare por la resolución del contrato. Si bien no existe una norma similar en el CCyC, no cabe dudar del derecho a la reparación de daños que tiene el consumidor en tal supuesto.

En tanto que en el art. 2170 del Cód. Civil se disponía que el enajenante no era responsable si el adquirente conocía o debía conocer los vicios por su profesión u oficio, norma que ahora se ha replicado en el art. 1053 inc. a) del CCyC, con algunos ajustes. La referencia, pues, debe ser entendida a esta última, que deviene *inaplicable* para las relaciones de consumo.

### *d) La obligación de seguridad. Remisión*

En este ámbito se *expresa,* y surge esencialmente de los arts. 5° y 6° de la ley (en general), y en el art. 28 para los servicios públicos domiciliarios.

El art. 5° reza: *"Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".* Art. 6°: *"Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el art. 4° responsables del contenido de la traducción"*

Estas normas deben complementarse con las relativas a las garantías (arts. 11 y ss.), y también con la general del art. 40 de la ley, siendo aplicables tanto a los productos como a los servicios. Hemos tratado su contenido con anterioridad (§ 84).

En la ley española (real decreto 1/2007), se consagra en los siguientes términos en el art. 11: *"Deber general de seguridad. 1. Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. 2. Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas,* o únicamente *los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas".*

### *e) El régimen general*

El art. 40 de la ley reza: *"Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".*

*(i) Factor de atribución.* Es *siempre* objetivo, fundado en el riesgo o vicio *de la cosa o del servicio,* y también —entendemos nosotros— en la *garantía,* en el ámbito obligacional.

*(ii) Solidaridad "diferenciada".* Se consagra un régimen de solidaridad que alcanza a *toda* la cadena de producción y comercialización de bienes o servicios, aunque en el caso del *transportista* su responsabilidad es *limitada:* sólo responde en caso de daños derivados con motivo o en ocasión de la tarea que le es propia. Todo ello tiene una importante proyección en las *eximentes.*

*(iii) Productos elaborados.*

*(iii.1) Caracterización.* La ley no se refiere sólo a los "productos elaborados", sino a las "cosas", con lo cual se incluyen aquellas que, aunque no han sido técnicamente "elaboradas", forman parte del *objeto* de la relación de consumo. La cosa, o el producto elaborado, *es la causa del daño* y no su objeto (TRIGO REPRESAS). El producto defectuoso lleva un *congénito déficit,* del cual deriva la relación de causalidad adecuada necesaria para el nacimiento de la responsabilidad.

El *producto elaborado* es una cosa mueble que resulta de la transformación de otras cosas, producidas por la actividad del hombre en un proceso de industrialización, caracterizado por la fabricación masiva o en serie (BUSTAMANTE ALSINA), a lo que nosotros agregamos, también los artesanales.

En la Directiva 85/374 de la Unión Europea, se dispone que es todo bien mueble que haya sido producido industrialmente, o al menos que haya experimentado una transformación industrial (art. 2°); y por la Directiva 34/1999 se incluyó a las materias agrícolas.

*(iii.2) Producto defectuoso o riesgoso.* El producto es *defectuoso* (o sea, *vicioso*), por defectos de fabricación, construcción o diseño, de información (falta de advertencias) o conservación (VÁZQUEZ FERREYRA).

En la Directiva 85/374 de la UE, se dispone en su art. 6°: *"un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la cual una persona tiene legítimamente derecho, tomando en cuenta todas las circunstancias y principalmente, la presentación del producto, el uso que razonablemente puede ser esperado, y el momento de la puesta en circulación".* En la ley española, se dispone en el art. 137: *"Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circula-*

*ción. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada".*

*(iv) Los servicios.* El art. 40 extiende la responsabilidad a los *servicios,* lo cual es superador de lo originariamente dispuesto en el art. 1113 del Cód. Civil (G. STIGLITZ). Quedan, pues, incluidos todos los servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios.

En el art. 14 del código de consumo brasilero se dispone: *"El prestador de servicios es responsable, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de servicios, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su uso y riesgos. Párrafo 1°. Un servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el consumidor de él puede esperar, llevándose en consideración las circunstancias relevantes entre las cuales: I. - forma de suministro del servicio. II. - resultado y riesgos que razonablemente se puede esperar de él. III. - la ocasión en que el servicio ha sido prestado. Párrafo 2. - Un servicio no será considerado defectuoso por la adopción de nuevas técnicas. Párrafo 3. - El prestador de servicios solo no será responsabilizado cuando pueda probar: I. - que, habiendo prestado el servicio, no existe defecto; II. - que la culpa es exclusiva del consumidor o tercero. Párrafo 4. - La responsabilidad personal de profesionales liberales será definida bajo verificación de culpa".*

### *f) Los daños resarcibles y extensión del resarcimiento*

*(i) Reglas generales.* No existen reglas particulares en orden a los daños resarcibles, razón por la cual se aplican las normas generales del CCyC, tanto en orden a la naturaleza de los daños resarcibles, como respecto a la extensión del resarcimiento, con la importante aclaración —antes señalada— de que el criterio de previsibilidad contractual es *inaplicable* en el ámbito de las relaciones de consumo. Rige, pues, el principio de reparación plena, con los alcances que antes se han establecido.

*(ii) El "daño directo".* En el art. 40 bis de la ley se dispone: *"Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por orga-*

*nismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales".*

Se ajustó la deficiente redacción del texto incorporado por la ley 26.361 en el año 2008. Se trata, en definitiva, de la reparación *ciertos daños resarcibles,* pero en sede administrativa, y bajo las condiciones establecidas en la norma. Entendemos que será de difícil aplicación en la práctica, en especial por lo indicado en el inc. b).

Entendemos que el resarcimiento se limita al *daño emergente o lucro cesante que constituya una consecuencia inmediata del acto dañoso,* y (si bien la redacción de la última parte es confusa), *sólo respecto a la lesión de derechos o intereses* (art. 1737 CCyC) *de naturaleza patrimonial.* Es que, en los otros supuestos (el *daño-lesión* a derechos o intereses extrapatrimoniales) la prueba, su determinación y el análisis de la situación excede notablemente las funciones y posibilidades de la autoridad de aplicación. Asimismo, no se establece un límite cuantitativo (como sí se hacía en la anterior redacción).

### *g) Eximentes de responsabilidad*

Al tratarse de un factor objetivo de atribución, la *falta de culpa* no libera a los obligados al resarcimiento. Las eximentes, pues, transitan por los carriles del *nexo causal* (§ 60 y ss.), aunque con algunas particularidades que explicitamos a continuación.

*(i) Hecho de la víctima.* No existen normas especiales al respecto, sin perjuicio de lo cual la interpretación tiende a ser restrictiva respecto de esta eximente, en particular por la especial situación de vulnerabilidad negocial del consumidor.

*(ii) Caso fortuito y fuerza mayor.* Cobran aquí especial relevancia las *excepciones* a la liberación por dicha eximente, ahora contenidas en el art. 1733 del CCyC (§ 64 y *Obligaciones* § 429). En concreto,

el *riesgo de empresa* importa que el caso fortuito deba ser *externo* a dicha actividad, y por ende, si constituye una contingencia *propia* del riesgo o la actividad, no se verifica la eximente (art. 1733 inc. e] CCyC).

*(iii) Hecho del tercero. La especial situación de los integrantes de la cadena de producción y comercialización.* En el art. 40 de la ley se dispone que se libera "*total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*".

En nuestra opinión (§ 182), la *solidaridad* consagrada en la norma, importa considerar que *todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización revisten, entre ellos, la calidad de "terceros por quienes se debe responder"*. Por esta razón, si el defecto fue de fabricación, el vendedor (que no tuvo intervención material en la generación del vicio) igualmente responderá sin perjuicio de las correspondientes acciones de regreso. A la inversa, entendemos que el fabricante *también* será responsable por un defecto de conservación, aún cuando éste haya sido ocasionado por el vendedor o un intermediario, y con los mismos efectos. Esta es la *télesis* de la protección, y responde a la naturaleza de la solidaridad: *salvo el caso de dolo*, todos los coobligados solidarios *responden por el hecho de los restantes, en tanto y en cuanto se verifique el incumplimiento por causas imputables* (art. 838 CCyC).

*Diferente* es la situación del transportista. Éste sólo responde por los daños causados en ocasión o con motivo de la prestación de su propio servicio (por ende, por ej., no lo hace en caso de un defecto de fabricación); pero *los restantes* integrantes de la cadena de producción y comercialización *sí responden* por el hecho del transportista.

Se trata, en definitiva, de un sistema protectorio amplio, y adecuado a la naturaleza subyacente del problema.

En otros sistemas, la cuestión es más acotada. Así, en el art. 140 de la les española se dispone: "*Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía*

*apreciar la existencia del defecto. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)".*

### h) Eximentes de responsabilidad (cont.). La particular situación de los "riesgos de desarrollo"

*(i) Planteo del problema.* La responsabilidad por los denominados "riesgos de desarrollo" es una cuestión que viene preocupando a la doctrina, la jurisprudencia y algunas legislaciones en el mundo desde hace ya algunas décadas. Aún no se ha llegado a una toma de posición definitiva, existiendo varias opiniones (y muy calificadas) en los más diversos sentidos.

Se entiende por riesgo del desarrollo "al que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción en el mercado era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores" (PIZARRO; TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA). Se trata, en definitiva, de que el desarrollo tecnológico y científico permite descubrir *peligros preexistentes imposibles de conocer* al tiempo en que el producto se pone en circulación; y de determinar si ello genera o no responsabilidad, y en cabeza de quién.

*(ii) Las bases de la discusión.* El eje del problema, a la hora de establecer si existe la posibilidad o no de atribuir responsabilidad al fabricante del producto, gira en torno a la *relación de causalidad* en cuanto presupuesto de la responsabilidad civil, en dos posiciones bien definidas:

*(ii.1) Se trataría de un supuesto de "caso fortuito", y por ende constituye una* eximente de responsabilidad. Doctrinariamente, en Argentina, es la opinión minoritaria. Al tratarse de una circunstancia objetivamente imprevisible, se configuraría el hecho ajeno o caso fortuito. Por no existir andamiaje normativo que establezca la responsabilidad, se eleva a eximente, por aplicación de las reglas generales. Se indica además, como argumentos de abono, que en tal caso se paralizarían los esfuerzos serios por investigar; se incrementaría el precio de los productos; no es posible contratar un seguro para lo desconocido.

*(ii) No es un supuesto de caso fortuito y hay responsabilidad.* Es la opinión mayoritaria de la doctrina, y puede resumirse en lo siguiente (PIZARRO): Ello luce incompatible con el carácter objetivo de la responsabilidad del productor, donde no cabe la eximente de la ausencia de culpabilidad, e importaría una grave claudicación ideológica, al tiempo que una fuerte contradicción. No puede considerarse que existe caso fortuito, porque éste debe ser externo a

la cosa que produce el daño, lo que aquí no acontece (PIZARRO-HERNANDEZ/FRUSTAGLI). Significaría también una grave regresión al avance de la protección del consumidor, y a la debilidad negocial en general, que lleva una línea siempre ascendente. La locución "estado de conocimientos técnicos y científicos" no reconoce fronteras estatales o regionales, y en definitiva los países más poderosos necesitan de la eximente para favorecer la investigación, utilizando a los pueblos más desfavorecidos como conejillos de indias (por ejemplo, en la industria farmacéutica). Las dificultades en la determinación del concepto de "estado de conocimientos técnicos y científicos". La eximente quita incentivos a la realización de inversiones para averiguar los riesgos potenciales del producto, al dar un paraguas protector al fabricante, siendo falso que al ser inexistente no pueda ser asegurable (TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA). Igualmente se ha señalado que si bien la dañosidad del producto no puede ser conocida por el productor al momento de la comercialización, el daño que luego se ocasiona guarda relación causal con el producto; por lo que "deben aceptarse por el empresario los riesgos de introducir un producto en el mercado, y por lo tanto deben indemnizarse las consecuencias dañosas que se han ocasionado... Se trata de un riesgo de la empresa o de actividad que no revestiría el carácter de caso fortuito extraño a la cosa" (GARRIDO CORDOBERA). De esta manera se cumplirá con el imperativo constitucional de la protección plena de la salud y los bienes de los consumidores.

*(iii) La cuestión en el derecho comparado.* En la Directiva 85/374 de la Unión Europea rige el principio de la exoneración del fabricante (art. 7°); pero se les deja a los Estados Miembros la facultad de mantener su responsabilidad en las leyes nacionales (art. 15.b), solución que la doctrina ha calificado como "de compromiso". La mayoría de los países europeos han *aceptado la eximente,* en tanto algunos pocos (Finlandia, Luxemburgo y Noruega) la han rechazado. Otros, excluyen la invocación del riesgo de desarrollo como eximente en determinados ámbitos, como sucede en la ley española: en el art. 140, AP. 1, inc. e) del "Texto Refundido" de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), se dispone como regla general que el productor no responde "si prueba... e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto". Sin embargo, hay una importante excepción: en la misma norma (ap. 3) se establece: "En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este Capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)".

*(iv) El derecho argentino antes del Cód. Civil y Comercial.* No existía una norma que contemple esta responsabilidad, salvo un "tramo" de ella, en la Ley de Defensa del Consumidor, que ahora analizaremos. La doctrina mayoritaria se pronunció por la inviabilidad de la eximente, concluyendo que no se trata de un supuesto de caso fortuito y que, por ende, se debe responder. En la ley 24.240, detectado el vicio, en el art. 4° del dec. reglamentario 1798/1994 se establece: *"Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la*

*introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.*". Ello importa haber introducido al derecho argentino la cuestión en la segunda etapa, esto es, luego de haber sido descubierto el vicio. Repárese que esta norma se encuentra situada *precisamente* en el ámbito de la obligación de informar. Por otra parte esta consagración legislativa resulta insuficiente pues si bien la *obligación de informar* esta nueva circunstancia resulta lógica también se debería establecer con precisión *qué otras acciones debe cumplir el proveedor* con respecto al *retiro* del producto del mercado, por ejemplo.

*(v) El Cód. Civil y Comercial.* No se ha contemplado expresamente el problema, y en el art. 1726 del CCyC se ratifica la adopción de la teoría de la causalidad adecuada como eje fundante de la relación causal, tanto para determinar la autoría del suceso dañoso, como para establecer las consecuencias indemnizables. Además, se mantiene el concepto de caso fortuito (en base al criterio de previsibilidad objetiva), y —debe recordarse— se dispone que éste no exime si se trata de una contingencia "propia" del riesgo o la actividad. PIZARRO entiende que se está en presencia de un riesgo o vicio propio de la cosa, razón por la cual ratifica su posición, en el sentido de postular que hay responsabilidad en este caso.

*(vi) Nuestra opinión.* De *lege lata*, entendemos que *constituye una eximente.* Es que ante el mantenimiento de la causalidad adecuada como sistema, resulta inviable postular que objetivamente sea posible atribuir la autoría del vicio o riesgo de la cosa a quien de manera absoluta no contaba con la posibilidad de conocerlo.

No es aplicable el inc. e) del art. 1733, ya que aquí no nos encontramos ante un "riesgo propio de la cosa o la actividad", porque: si bien el vicio es "interno" a la cosa (y en esto compartimos lo que se postula al respecto), no lo es *la ignorancia. Eso* último *es externo a la situación.* Es por ello que ZAVALA DE GONZÁLEZ señala —en opinión que nos parece indiscutible— que *el daño constituye una consecuencia casual de la acción del productor.* Por ende, no se responde, ya que no hay previsión legal en contrario, que es lo que el art. 1730 del CCyC establece para que se atribuya responsabilidad. De todas maneras, debe advertirse que la carga de la prueba pesa sobre el productor: acreditado el vicio y su conexión causal con el daño, es el sindicado como responsable quien debe acreditar la ruptura del nexo causal, por imperio de la presunción de causalidad de los arts. 1757 y 1758 del CCyC.

La solución no nos parece la adecuada, al menos en términos generales, y entendemos que se impone una revisión del problema. Es claro que existe causalidad *material.* Pero, como lo señala DÍEZ PICAZO, esta cuestión "no puede resolverse con criterios de técnica jurídica y exige decisiones políticas". Nada impediría, pues, que el legislador impute responsabilidad por esta consecuencia casual, como sucede en otros casos. Es que el criterio a computarse debería ser

el *del sacrificio del interés menos preponderante* (ZAVALA DE GONZÁLEZ), lo cual lleva a la necesidad de confrontar todas las variables en juego. En especial en aquellos bienes destinados al consumo humano, y también en aquellos que pueden causar daños ambientales.

## § 200. Función sancionatoria. Remisión

Hemos analizado la problemática en el § 119 y 120.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

Ver también la citada para las relaciones de consumo en el capítulo 2 de *Obligaciones*.

BREBBIA, Roberto H., *Problemática jurídica de los automotores*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

DELL'OCA, Gastón, "Responsabilidad por productos elaborados en el nuevo Código", LL del 19/10/2015, p. 4; LL 2015-E-565; RCyS 2016-I-43.

FISSORE, Diego M., "Los daños producto de los riesgos de desarrollo", en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2006-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 237/262.

GALDÓS, Jorge M., "Los accidentes de automotores y la teoría del riesgo creado (en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Buenos Aires)", LL 1991-C-719.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "El 'riesgo de desarrollo' en materia de productos de consumo: un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de Daños", en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2008-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 192/156.

GOLDEMBERG, Isidoro - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", en ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires.

GOLDEMBERG, Pablo, "Los riesgos del desarrollo (Un supuesto especial de responsabilidad por productos elaborados)", LL 1996-E-927.

HERNÁNDEZ, Carlos A., "Consideraciones generales sobre las relaciones de consumo en el contexto del Código Civil y Comercial. Impacto sobre el régimen de daños unificado", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 361 y ss.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis - MÁRQUEZ, José Fernando, "Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente", LL 2008-B-948.

NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005.

PIZARRO, Ramón D., *Tratado de la responsabilidad objetiva*, La ley, Buenos Aires, 2015.

STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

TRIGO REPRESAS, Félix A. - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

SAGARNA, Fernando A., "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por riesgo cerrado", LL 1994-E-376.

WAJNTRAUB, Javier H., "El daño directo tras la ley 26.993", RCyS 2015-I-13.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 26/9/2006, "Monner Sans, Ricardo v. Fuerza Aérea Argentina", DJ del 25/10/2006, p. 564.

CSJN, 21/3/2006, "Ferreyra, Víctor D. y otro v. VICOV SA", Fallos 329.646.

CSJN, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico SA", Fallos 329:4944.

CSJN, 22/4/2008, "Ledesma, María Leonor v. Metrovías SA", Fallos 331:819.

CSJN, 15/12/1998, "S. M. C. v. Provincia de Buenos Aires y otros", LL 1999-D-534.

CSJN, 10/4/2003, "V., R. E. v. Provincia de Buenos Aires y otro", LL 2003-E-416.

CSJN, 21/5/2002, "C., M. y otros v. Provincia de San Luis y otra", LL 2003-D-960.

CSJN, 9/3/2004, "Moreno, Francisca N. v. Provincia de Buenos Aires", LL del 15/6/2004, p. 6.

CNCiv., sala K, "Bota Ruta v. Carrefour", RCyS 2001-1062.

CNCiv., sala F, 5/12/1995, "Carrien, Miguel A. v. Coca Cola SA", JA 1997-III-195.

CNcom., sala C., 5/10/2001, "B. de M. v. Sevel Argentina SA y otros", LL 2002-A-861.

CNCom., sala C, 28/9/2001, "Helbling, Carlos M. v. Sevitar SA y otro", RCyS 2002-651.

CNCiv., sala A, 21/11/2012, "R. F. y otro v. Parque de la Costa", RCyS II-2013-181.

CAPÍTULO XII

# RESPONSABILIDADES ESPECIALES (CONT.)

## I. RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES LIBERALES. ASPECTOS GENERALES

### § 201. Introducción. Antecedentes

La problemática de la responsabilidad de los profesionales liberales es tema de candente actualidad, desarrollado en los últimos 50 años (en especial médicos y abogados). Con anterioridad era un problema que no se planteaba, o en pocas situaciones. Existían teorías que excluían la responsabilidad de los profesionales, o bien que la admitían en supuestos excepcionales. Los cambios han producido esta mutación son (TRIGO REPRESAS/LÓPEZ MESA): la existencia de demasiados profesionales; el detrimento de la calidad de su formación y la solvencia técnica; el menoscabo en su consideración pública y el respeto de los ciudadanos; hoy se los considera "gente mucho más común y falible de lo que antes se pensaba". Se agrega que el nuevo constitucionalismo ha provocado grandes cambios jurisprudenciales en las responsabilidades profesionales en general (por el reconocimiento de los derechos fundamentales, y la circunstancia de que están en juego en la actividad del abogado) (KEMELMAJER DE CARLUCCI).

En el Cód. Civil no existían reglas específicas para este supuesto, y la doctrina y la jurisprudencia fueron construyendo, trabajosamente, toda una teoría sobre el problema. El problema medular giró siempre en torno a la prueba de la culpa; en un primer momento, se buscó limitar la responsabilidad, indicándose que sólo en el caso de culpa grave debían responder; luego la cuestión se fue orientando en sentido contrario, en especial por la *mayor exigibilidad en las diligencias* que importaba la tarea profesional, a la luz de lo dispuesto en el art. 902 del Cód. Civil. Al respecto, es muy citada una frase de CHIRONI: "ni para la impericia, ni para los errores profesionales se deben establecer teorías

especiales". La irrupción de la distinción entre las obligaciones de medios y resultados (aquí es donde tuvo mayor aplicación y desarrollo), supuso un replanteo del problema, y lo redefinió. De todas maneras, fue criterio generalizado el postular que si bien se trataba de una situación particular, los grandes lineamientos generales de la responsabilidad se mantenían, sin perjuicio de algunas cuestiones especiales como las recién señaladas.

## § 202. Una nueva norma

En el art. 1768 del CCyC se dispone: "*Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757*".

Se trata, pues, del epicentro en torno al cual gira el problema, el que debe ser conjuntado e interpretado con la restante normativa.

## § 203. Caracterización general

### *a) Ámbito de aplicación: la actividad del profesional liberal*

No se lo define en el CCyC, y desde siempre han existido profundas discusiones en torno a la necesidad o no de título universitario (concepción restringida), o bien —incluso— de título (concepción amplia, que tiene varios matices).

Lo cierto es que la denominada "profesión liberal" pone su acento en la ausencia de subordinación entre el profesional y el cliente (YZQUIERDO TOLSADA), pues posee un conocimiento (avalado por un título) mediante el cual desempeña actividades predominantemente intelectuales, y lo hace en forma autónoma frente al cliente.

No se trata, entonces, "libertad de elegir el cliente" (que a veces puede no existir), sino, en nuestra opinión, "libertad en la tarea intelectual".

Somos de la opinión que en el CCyC el concepto es el *restringido*, en el sentido de que las notas tipificantes para calificar al profesional como "liberal" son: tener un título universitario, la habilitación, auto-

nomía técnica, la sumisión a normas técnicas y a potestades disciplinarias, y la colegiación (ALTERINI/AMEAL/LÓPEZ CABANA, SÁENZ). En nuestra opinión la habitualidad no es indispensable, ya que en algunos casos el profesional no trabaja de manera asidua. Basta con que se cumplan los requisitos indicados, para quedar emplazado en la norma.

Existe un uso *amplio* del vocablo *"profesional"* que no es el que se pretende en la norma indicada (por ej., para ciertos oficios, tareas artísticas, deportivas, etc.). Es que, como bien se ha dicho, la regulación del art. 1768, al establecer la responsabilidad subjetiva, no tendría sentido en otros casos —como el fontanero o el carpintero— que se comprometen a obligaciones de resultado normalmente (SÁENZ).

### *b) Normativa básica aplicable a la actividad*

*(i) Las de las obligaciones de hacer.* Lo señalado se indica de manera expresa en la norma, y no podría ser de otra manera. Lo esencial es la *tarea intelectual* del profesional liberal, que generalmente se concretará en un *hecho material*, que puede o no derivar en la producción e una cosa que deba ser entregada (por ej., el documento del que resulta un estudio médico, o el contrato redactado por el abogado). En definitiva, rigen las reglas de los arts. 773 a 777 del CCyC (v. *Obligaciones* § 164 y ss.) y, en su caso, las del contrato en particular que vincule al profesional con su cliente.

*(ii) La contratación profesional.* Con buen criterio, en el art. 1768 del CCyC se indica únicamente que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer, las que pueden o no tener como causa fuente un contrato. Cuando esto último sucede (es lo más común), no es posible encasillarlo sólo en uno de los tipos contractuales. La actividad del profesional liberal suele incluir obras y servicios, mandatos, etc. Tiene una naturaleza propia, *proteiforme*. De allí que, en primer término, son aplicables las reglas generales establecidas para las obras y servicios (arts. 1251 a 1261), y luego, dependiendo de la prestación a considerar, las privativas del tipo contractual al que tributen.

*(iii) Inaplicabilidad de la ley de defensa del consumidor. Excepciones.* En el art. 2° de la ley 24.240 se dispone, luego de caracterizarse al proveedor profesional de bienes y servicios, que: *"No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofreci-*

*miento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación".*

La norma es objeto de una gran polémica. Para algunos se trata de un privilegio personal, inadmisible por injustificado, que genera un desequilibrio negocial para el profano que recurre al experto, cuyo deber de actuación es calificado (MOSSET ITURRASPE, PIZARRO). Para otros, en cambio, la exclusión es razonable en razón de la existencia de normas éticas y deontológicas, y organismos específicos que los juzgan (VÁZQUEZ FERREYRA, VALLESPINOS). En el debate de la ley 26.361, se dijo en el Congreso que el profesional liberal no es un agente del mercado, sino más bien un agente social, que no integra el circuito productivo. Como antes se indicara, en el código brasilero sí están incluidos en las relaciones de consumo, pero su responsabilidad es subjetiva (art. 14).

De todas maneras, la Ley de Defensa del Consumidor los alcanza en algunas cuestiones: la *publicidad* que hagan de sus servicios, y también lo atinente al deber de respetar el trato digno y equitativo a los consumidores (art. 8° bis, ley 24.240), desde que en ésta se dispone en su parte final: *"En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor".* Además, si la actividad profesional se desarrolla como "empresa" (generalmente se hace bajo la forma de una sociedad), entendemos que los titulares de dicha explotación (sean o no los mismos profesionales que hayan incurrido en responsabilidad) responderán a la luz de las normas de la ley 24.240 (el caso, por ej., de un centro de salud privado, o un estudio jurídico de tales características).

*(iv) Plexo normativo.* Para la determinación de la responsabilidad, éste se integra con: 1) El art. 1768 del CCyC; 2) Las normas generales sobre responsabilidad civil; 3) Las generales de las obligaciones de hacer, las generales de los contratos de obras y servicios, y las propias del tipo contractual que corresponda; 4) Las específicas del contrato que eventualmente los vincule, 5) Las específicas que hacen a su propia actividad; 6) Las normas deontológicas.

### *c) Órbitas de la responsabilidad*

Dependiendo de la situación, la responsabilidad puede ser de naturaleza obligacional en general, contractual en particular (generalmente es de dicha naturaleza), o —incluso— extracontractual. Se aplican, en cada caso, las reglas privativas de cada caso.

### *d) La antijuridicidad y las normas deontológicas*

Sin perjuicio de su particular naturaleza, las normas deontológicas o éticas imponen toda una serie de deberes de conducta. Si bien, entendemos, ante la colisión de una norma jurídica con una deontológica debe primar la solución de la primera, no dudamos en afirmar que la violación de las deontológicas *torna antijurídico el acto*. Por lo general, dichas normas estatuyen (y de manera casuística) infracciones al adecuado quehacer profesional, que por lo general —a su vez— constituyen causas productoras de daños. Como bien se ha dicho, "en estos cuerpos normativos encontramos algunos principios o deberes a los cuales deben ajustar su cometido los profesionales, y cuyo incumplimiento puede dar lugar a una situación de antijuridicidad, presupuesto necesario de la responsabilidad civil" (VÁZQUEZ FERREYRA), lo que también es opinión de la Corte (en el caso "Amante", de 1989).

### *e) El factor de atribución. Remisión*

De manera explícita, y agotando todos los supuestos posibles, se deja absolutamente en claro en el art. 1768 del CCyC que por regla la responsabilidad del profesional liberal es *subjetiva*, sea que su tarea se preste o no con el empleo de cosas, eventualmente— pueda calificarse como riesgosa (conceptualmente) la actividad. Esto último es más que razonable, en especial en lo atinente a la responsabilidad médica. Vale aclarar que el concepto de *culpa* es el general (§ 73), y que —por ende— no se ha plasmado diferencia alguna, descartándose —en consecuencia— el concepto de "culpa profesional", más benigno en orden a limitar la responsabilidad.

Se ha dicho que la culpa profesional es una suerte de bill de indemnidad, mediante la cual el profesional no respondería por culpa leve, y solamente por culpa lata o grave. Esta culpa grave implica un desconocimiento grosero de las reglas elementales que hacen a su profesión (PADILLA) Indica KEMELMAJER DE CARLUCCI: "no existe una culpa profesional distinta a la culpa en general; lo que ocurre es que las circunstancias deben ser analizadas con especial cuidado en el campo profesional. Mientras en la órbita de la conducta del hombre común no hay mayores discrepancias en orden a cuáles conductas son defectuosas, en el campo de la ciencia, suelen presentarse dudas; en este área hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad; una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado; en tal sentido dice el art. 1222 del proyecto de 1993: "El profesional deberá realizar la tarea comprometida con ajuste a las reglas de la técnica, de acuerdo a los conocimientos requeridos para efectuarla eficazmente y conforme a la actualización en la ciencia y técnica correspon-

dientes a su profesión". Lo discutible científicamente, en cambio, no puede ser calificado de culposo por ser una mera consecuencia del carácter relativo, limitado y témporo-espacial del conocimiento humano".

Pero existen *dos excepciones:* si el profesional comprometió un *resultado concreto*, o si las *cosas* con las que se presta la tarea tienen un *vicio*. En ambos casos, la responsabilidad es *objetiva*. Cobra aquí un rol dirimente la distinción entre *obligaciones de medios y de resultados*, cuando la responsabilidad sea *obligacional* (v. *Obligaciones* § 194 y ss.), siendo trascendente para determinar la existencia o no de *cumplimiento* (v. *Obligaciones* § 282)

VÁZQUEZ FERREYRA plantea una aguda crítica a la norma, indicando que si bien es adecuada para la responsabilidad médica, no lo es para otras responsabilidades. Indica que en el avance de la ciencia médica y su práctica "los riesgos que van de la mano con los beneficios". En cambio, en otros ámbitos, no se explica: "supongamos un ingeniero a cargo de una demolición en la que se usan explosivos. Genera un daño a terceros. No hay vicio alguno en los explosivos sino que por el contrario estaban en perfecto estado y cumplieron la función que le era propia. Nos preguntamos si en tal caso habrá que probar la culpa del ingeniero. Transformar en regla general lo que era una excepción en principio no resulta acertado a nuestro criterio". Lo propio en el caso de las actividades riesgosas: "el ingeniero a cargo de una demolición realiza una actividad riesgosa y no existe justificativo para que en tal caso se aplique la responsabilidad objetiva del art. 1757". En nuestra opinión, entre partes, la cuestión debe resolverse determinando si una obligación concreta es de medios o de resultados; además, la *obligación de seguridad* juega aquí un rol preponderante, y lo dispuesto en esta norma es un argumento más para sostener que ella se mantiene en todo el ordenamiento; por último, respecto de terceros (esto es, a personas *ajenas* a la tarea profesional), entendemos que rigen las reglas generales.

### *f) La causalidad*

No se presentan aquí situaciones que escapen a la regla general. De todas maneras, es común en ciertas situaciones la tarea *plural conjunta* de profesionales, o también la *sucesiva*, situaciones diversas, que tienen soluciones especiales en cada caso.

En el primero, habrá que analizar si se trata de una obligación de indivisibilidad impropia (art. 824 CCyC, *Obligaciones* § 228 y ss.), o la cuestión queda emplazada en el art. 1761 del CCyC; en el segundo, la contribución causal de cada profesional actuante de manera sucesiva, puede llevar a desbrozar la responsabilidad, según la concreta actuación de cada uno, o bien a acumularla.

## II. RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS Y OTROS INTERVINIENTES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

### § 204. Aclaración metodológica

Si bien aquí estamos analizando las responsabilidades del profesional liberal, también indicaremos los lineamientos generales de la responsabilidad que cabe a otros *actores* de la prestación del servicio médico (el establecimiento asistencial, las obras sociales, etc.), por la estrecha vinculación entre ambas cuestiones.

### § 205. El auge de la responsabilidad de los profesionales de la salud

En la actualidad, aproximadamente 1 de cada 5 médicos es o ha sido demandado por mala praxis en la Argentina.

La proliferación de la responsabilidad médica es producto de la interacción de varios factores causales, que nos presentan una manera muy diferente a la prestación tradicional, y entre los que cabe señalar: la aparición de la *empresa médica* (que importa la prestación de servicios con multiplicidad de profesionales, la virtual desaparición del "médico de cabecera", y un mayor "anonimato" en la tarea); se ha consolidado la figura del "equipo médico", lo que tiene sus propias consecuencias; el colapso del servicio de salud estatal y la privatización de su prestación; el impresionante avance científico y tecnológico (la actividad se ha vuelto más compleja, opinable, existe una mayor maquinización, han aparecido nuevos riesgos, y la farmacología ha experimentado cambios extraordinarios); los serios problemas en la formación y capacitación de los médicos; el mayor "conocimiento" que los pacientes tienen de sus patologías, en razón del acceso a la información que permite la Internet, pero que también tiene sus contrapartidas (información errónea, la automedicación, etc.); la enorme potenciación de la autonomía del paciente en la toma de decisiones; los cambios en el derecho de daños.

La sociedad ha cambiado su mirada hacia los prestadores del servicio de salud. Ha desaparecido la "inerrancia bíblica" del médico, que hoy es un profesional como cualquiera, y se considera que puede equivocarse.

### § 206. Responsabilidad individual del médico

#### *a) Caracterización y normativa aplicable*

Si bien se trata de una responsabilidad especial tributaria de las reglas generales, en materia de antijuridicidad y culpabilidad tiene algunas notas distintivas y particulares. En la primera, cobra especial

relevancia la profusa normativa (a nivel nacional y provincial) que regula la actividad médica, de la que surgen especificados multiplicidad de deberes y obligaciones de los médicos, cuya violación trae aparejada la *ilicitud de la conducta médica*.

Dentro de la normativa específica que les es aplicable, encontramos —entre otras leyes— las siguientes que rigen para todo el territorio de la Nación: ley 12.331 (Profilaxis de las Enfermedades Venéreas); ley 15.465 (Salud Pública. Enfermedades); ley 22.990 (Ley de Sangre); ley 23.798 (Ley de Lucha contra el SIDA); ley 24.193 (Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos); ley 26.529 (Salud Pública. Derechos del Paciente); ley 26.657 (Ley Nacional de Salud Mental); Diversas reglamentaciones de dichas leyes, y las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación.

Además, rigen en Capital Federal y territorios nacionales: ley 17.132 (Normas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración); ley 22.914 (Salud Pública. Internación y Egresos de Establecimientos de Salud Mental); ley 23.674 (Salud Pública. Profilaxis para la Mujer RH Negativo no Inmunizada); ley 24.004 (Ejercicio de la Enfermería). Estas normas muchas veces son aplicadas en los ámbitos provinciales, analógicamente, frente a la ausencia de normas en las provincias.

Existe multiplicidad de normas provinciales, que regulan también estas cuestiones.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

Las normas deontológicas, como ya se anticipó, tienen alta relevancia.

En Argentina está el "Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina", con aplicación en todo el territorio nacional. Cada Colegio Médico provincial tiene también su propio Código de Ética. La Corte Suprema ha mencionado aplicables: a) El Código Internacional de Ética Médica; b) El de la Confederación; c) La Declaración de Ginebra.

### *b) La situación de los médicos dependientes del Estado*

En razón de lo establecido en el art. 1766 del CCyC, entendemos que la responsabilidad de los médicos dependientes del Estado queda, en primer lugar, reglada por la ley específica (a nivel nacional, la ley 26.944), y de manera subsidiaria por las normas aquí analizadas. Debe advertirse que es poco lo que se dispone en dicha ley respecto de estos sujetos, razón por la cual necesariamente debe acudirse a la nor-

mativa general, en todo aquello que no se encuentre específicamente determinado por la ley especial.

### *c) Órbitas de responsabilidad*

La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual ha quitado, en gran parte, interés a la necesidad de encasillar el acto médico en uno u otro ámbito (en especial ello era necesario para determinar el plazo de prescripción y, en algunos casos, las consecuencias indemnizables). El criterio de *previsibilidad contractual* (art. 1728 CCyC) es virtualmente inaplicable en este ámbito, dada la asimetría negocial entre el médico y el paciente. Por otra parte, exista o no un contrato previo celebrado entre las partes (no lo hay, por ej., en el caso de una atención de urgencia en la vía pública, entre muchos otros supuestos), el *contenido* de los deberes jurídicos a cargo del profesional no varía, ya que se encuentra predeterminado por las normas que rigen la actividad.

### *d) Antijuridicidad. Los deberes de conducta del médico*

Resulta virtualmente imposible puntualizar todos y cada uno de los deberes a cargo de los médicos. Sin embargo, podemos señalar los siguientes (a modo de "tipos"), que surgen en general de las normas ya indicadas:

*(i) Deber de "prestación diligente".* PIZARRO y VALLESPINOS exponen que este deber, que es de la esencia de la prestación médica, se plasma en tres ámbitos diferentes: a) *lex artis*; b) protocolos médicos; c) normas deontológicas. Existe un extenso catálogo de deberes en los arts. 19 y 20 de la ley 17.132. Entre otros deberes puntuales, cabe señalar: deber de asistencia (asistir al paciente, sin posibilidad de dejarlo hasta tanto no sea posible delegarlo a otro profesional o en el servicio público correspondiente); deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente; deber de abstenerse de asegurar un resultado; deber de efectuar derivación y/o interconsulta; etc.

*(i.1) La* lex artis. Se trata de los usos médicos o técnicas adoptados por la práctica médica, a los que debe ajustarse el profesional, por encontrarse aprobadas por las más altas autoridades científicas.

*(i.2) Protocolos médicos.* Son documentos emitidos por consenso o juicio de expertos o especialistas, producto de una validación técnica, que contienen directrices y recomendaciones a fin de orientar la labor médica, con el objetivo de mejorar y asegurar una buena praxis. Describen la secuencia de atención de un paciente.

*(i.3) Normas deontológicas.* Imponen estándares éticos o morales que deben inspirar la conducta de los médicos. Son variables.

*(ii) Obligación de informar. Remisión.* Es hoy uno de los deberes esenciales a cargo del médico, y que se ha potenciado notablemente en el CCyC con la incorporación de numerosas normas en la Parte General. Reviste además especial trascendencia la ley 26.529 de derechos del paciente. Como ya se ha expuesto (v. *Obligaciones* § 173), el *consentimiento informado*, que es la declaración e voluntad del paciente (y que puede o no materializarse en un documento escrito), requiere el *previo* cumplimiento acabado de la *obligación de informar* a cargo del médico. Constituye un presupuesto necesario de la *lex artis*, y está presente durante toda la relación médico-paciente. Por lo general es obligatorio, salvo las excepciones contempladas en el art. 6° de la ley (por ej., casos de urgencia).

*(iii) Trato digno y respetuoso al paciente.* Su epicentro es ahora el art. 51 del CCyC, y también se encuentra contemplado en el art. 2° de la ley 26.529: *"el paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes"*. Se dispone allí también la obligatoriedad de respetar su intimidad, privilegiar la autonomía de la voluntad.

*(iv) Deber de seguridad.* Si su tarea se presta con cosas que sean viciosas, responde de manera objetiva por los daños causados, lo cual —claramente— constituye una aplicación puntual de la obligación de seguridad.

*(v) Deber de llevar adecuadamente la historia clínica.* Es de trascendental importancia, y surge ahora de la ley 26.529. So omisión, como se analizará, genera una fuerte presunción en su contra.

*(vi) Confidencialidad y secreto profesional.* Surge de los arts. 156 del Cód. Penal, y 2° de la ley 26.529.

### *e) La relación de causalidad*

Rige aquí la teoría de la *causalidad adecuada,* debiendo aclararse la absoluta inaplicabilidad de la teoría de la *causalidad virtual* (BUERES), que —precisamente— tuvo su aplicación en este ámbito (§ 52). Presenta especial interés la causalidad por omisión, y la *concausalidad* (en particular debido a la *contribución causal* del paciente, en orden a su estado de salud preexistente antes del acto médico, y con posterioridad en caso de seguir o no las indicaciones del profesional); también el caso de participación sucesiva o conjunta de profesionales, que motiva análisis particularizados, muchos de dificultosa resolución.

### *f) El factor de atribución*

El art. 1768 del CCyC —como se indicara— es de plena aplicación en este ámbito. La distinción entre obligaciones de medios y de resultados es la que determina su naturaleza.

El compromiso de un *resultado* en la actividad médica debe considerarse excepcional. En el art. 20 de la ley 17.132, de manera expresa, se establece que queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina: *"1°) anunciar o prometer la curación fijando plazos; 2°) anunciar o prometer la conservación de la salud;... 5°) anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles"*.

Existen, empero, ciertas situaciones en las que la doctrina y la jurisprudencia han determinado la presencia de este tipo de obligación, como es el caso de los diagnósticos, ciertas cirugías estéticas, análisis médicos de poca entidad cualitativa, algunos tratamientos odontológicos, etc., aunque los criterios no son unánimes. En nuestra opinión, ello es harto excepcional.

### *g) La prueba de la relación causal y la culpa del médico*

Lo establecido en los arts. 1734 a 1736 del CCyC (§ 60 a 66 y 73.j y k), adquiere aquí algunos matices propios.

La prueba de la relación de causalidad pesará sobre quien la alegue, pero acreditada la intervención del médico ésta podrá aligerarse, en función de que la eximente debe ser probada por quien la alegue. En tanto que en materia de *culpabilidad, no hay una presunción legal de culpa*, lo que —sin embargo— no exime al médico de probar su *buena praxis (la diligencia)*: la solución del art. 1735 del CCyC es clara al respecto, y deberá aportar cada una de las partes los elementos probatorios respecto a los cuales esté en mejores condiciones de producir. Para arribar a la determinación de la existencia de la causalidad y la culpa, existen varios caminos:

*(i) La prueba pericial.* Es de altísima importancia, pues el juez por sí solo no está en condiciones de pronunciarse sobre la mala praxis, de allí la necesidad de su producción. Debe ser valorada según las reglas de la *sana crítica*, ya que no tiene efecto vinculante. Para apartarse de lo establecido por los peritos (en lo científico), debe tener fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con los principios lógicos y las máximas de la experiencia o en el hecho de que no existan en el proceso elementos de mayor

eficacia acerca de la verdad de los hechos controvertidos. El juez puede disponer la producción de otras pericias, si no le satisfacen las producidas.

*(ii) La regla* res ipsa loquitur. Puede llegar a atribuirse responsabilidad cuando el daño no puede explicarse de acuerdo por el sentido común sino por impericia profesional, aún en defecto de prueba directa (por ej., en el caso de *oblito quirúrgico,* esto es, la existencia en el cuerpo del paciente de elementos empleados en una intervención quirúrgica —agujas, gasas, pinzas, etc.—).

*(iii) Las presunciones derivadas de la inexistencia o irregularidades en la historia clínica.* Se trata de un elemento en muchos casos dirimente. Es el documento fundamental e imprescindible del ejercicio médico-sanitario. Ello pues al recoger toda la práctica médica es esencial para que el médico pueda prestar una asistencia de calidad y para que el paciente pueda recibirla (VÁZQUEZ FERREYRA). Es un documento complejo, en el cual debe constar no sólo los hechos relativos a la atención del paciente, sino también otros documentos, valoraciones, procedimientos e informaciones; se va desarrollando con el tiempo: es de "construcción permanente"; es el verdadero *abc* del acto médico; es trascendental para acreditar la buena praxis. Está actualmente regulada por la ley 26.529 (arts. 12 a 21), que ha recogido los parámetros fijados por la doctrina y la jurisprudencia. Las omisiones e irregularidades deben ser valoradas en cada caso en concreto, y generan un fuerte indicio, muy importante, en contra o a favor del profesional. Por sí sola no define la cuestión, pero es de importancia capital (por ej., puede faltar la historia clínica y a pesar de ello no haber responsabilidad, si el médico demuestra que no estaba al momento del acto, y no debía estar).

## § 207. La actuación médica plural

Como ya se indicara, en la gran mayoría de los casos, la prestación del servicio de salud se practica por varios profesionales, lo que presenta una situación particular a la hora de determinar las responsabilidades individuales en caso de mala praxis.

### *a) Varios profesionales de manera conjunta o sucesiva*

Se trata de supuestos en que varios médicos intervienen asistiendo a un mismo paciente, pero que no conforman un "equipo médico". Es una especie de la "pluripartición médica", es decir, del fenómeno del trabajo médico de varios profesionales sobre un mismo paciente, cuestión que hoy constituye una gran mayoría de casos. Los médicos pueden intervenir sucesivamente, o en conjunto; y se trata estrictamente de una *cuestión de nexo causal*: determinar quién produjo la

mala praxis. El problema esencial es el anonimato: en muchos casos, el paciente desconoce quiénes son todos los que han intervenido (VÁZQUEZ FERREYRA). Cuando ocurren daños, se pueden dar dos supuestos:

*(i) Identificación del o los causantes y atribución de responsabilidad.* Identificados todos los que han intervenido, debe establecerse en qué contribuyó cada uno para el resultado final, ya sea en la actuación considerada individualmente o en "conjunto", para determinar causalmente si la responsabilidad le corresponde a uno o a todos como "coautores". Se trata allí, evidentemente de una responsabilidad directa, aplicándose las reglas de la medicina individual. Si se llega a determinar la coautoría en dos o más profesionales, la responsabilidad será concurrente o solidaria, según el caso (art. 1751 CCyC). La cuestión se complejiza en el caso de participación sucesiva de profesionales.

*(ii) Falta de identificación del causante, dentro de un grupo determinado.* Se trata de la responsabilidad ahora contemplada en el art. 1761 del CCyC: *"Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción"*. Con relación al factor de atribución, en el marco del Cód. Civil se discutía si era objetivo (por la *actividad riesgosa*) o no. En nuestra opinión, de cara al art. 1768 del CCyC, el factor de atribución es subjetivo.

### *b) El equipo médico*

No todo conjunto de médicos que participan en la atención de un paciente configura, estrictamente, un "equipo médico". La nota característica la configura la presencia de un "jefe" (generalmente cirujano), que actúa secundado por auxiliares médicos o paramédicos, y también por especialistas con autonomía científica. *El jefe orienta y coordina a los demás miembros del equipo.* La *actividad* del equipo médico, se rige, en lo básico, por las reglas de las obligaciones de indivisibilidad impropia (art. 824 CCyC - *Obligaciones* § 228 y ss.).

El *jefe del equipo médico* actúa también a título individual. Tiene *responsabilidad directa* en cuanto tal. Si eventualmente de su propio actuar surge un daño, responde en un típico supuesto de medicina individual, y se aplican las reglas que ya hemos visto, siempre y

cuando ello se encuentre dentro de su esfera de actuación (por ej., no sería responsable por una mala praxis en la transfusión de sangre efectuado por un servicio especializado, aunque ello también se encuentra discutido).

Pero, además, *tiene responsabilidad indirecta en su condición de "principal" por el hecho de sus dependientes* (art. 1753 CCyC - § 176 y ss.), en cuyo caso el factor de atribución es *objetivo*, y siempre para el supuesto en que se acredite la mala praxis del integrante del equipo médico (cuya responsabilidad por lo general será subjetiva). No responderá, empero, en el caso de que las funciones de alguno de los integrantes del equipo estén perfecta y absolutamente delimitadas, y que escapen al control del jefe; o sea, cuando el personal goza de absoluta autonomía científica (el caso emblemático es el del anestesista); aunque, en este último caso, responderá igualmente (y de manera concurrente con el otro profesional) cuando la falta se verifica en las funciones de dirección, mando y coordinación de la actividad (su responsabilidad, en este caso, es *directa*).

## § 208. Responsabilidad de los establecimientos asistenciales

### *a) Exclusión de los establecimientos asistenciales estatales*

Sin perjuicio de la aplicación analógica (inevitable, pese a lo dispuesto en el art. 1764 del CCyC), de algunas de las reglas generales que emergen del derecho común, la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos en esta situación, debe regirse por las leyes especiales (cuyo epicentro es ahora la ley 26.944).

### *b) Las diversas situaciones*

Tratamos ahora las cuestiones que surgen de la prestación del servicio médico en clínicas, sanatorios, hospitales y otros establecimientos similares. Encontramos tres situaciones, cada una con sus propios efectos jurídicos a la hora de determinar la responsabilidad por daños: tratamiento con médicos independientes del establecimiento; tratamiento con médicos vinculados al establecimiento; las obligaciones del establecimiento ajenas a la tarea médica.

*c) ¿Es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor?*

La doctrina y la jurisprudencia discuten la cuestión, y no existen criterios definidos. Pero aún cuando se entendiera aplicable, la exclusión de los profesionales liberales de la ley 24.240 impide obligarlos solidariamente con el ente asistencial, razón por la cual *siempre se tratará de obligaciones concurrentes*. Por otra parte, sea o no aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, el factor de atribución será siempre objetivo, como veremos.

*d) El caso del "médico independiente"*

Es común que los médicos arrienden el quirófano, o bien un consultorio en donde presten su servicio sin tener otra vinculación con el establecimiento. Se suele mencionar, en este marco, la existencia de actos puramente médicos (los de profesión); actos paramédicos (acciones preparatorias y posteriores al acto médico); y actos extramédicos (otros servicios que brinda el ente asistencial). Se trata de una cuestión de hecho determinar cuándo el acto es de incumbencia del médico o del ente asistencial.

En principio, y si bien la opinión no es unánime, cabría afirmar que en lo atinente a la responsabilidad individual del médico se produce un desdoblamiento de la responsabilidad: el establecimiento asistencial no responde por la mala praxis del médico o su equipo, quedando la responsabilidad en cabeza exclusiva de éste. El establecimiento sólo es responsable en lo que hace al servicio que efectivamente presta: seguridad del lugar; asepsia; alimentación, medicamentos, hechos del personal paramédico (si hay internación); etc. De todas maneras, *la confianza generada por la apariencia juega un importante rol.* Si no ha quedado en claro la situación jurídica indicada, entendemos que el ente asistencial tendrá la misma responsabilidad que en el caso de la que le corresponde para los médicos que se encuentran vinculados al establecimiento.

e) *Tratamiento con médicos vinculados al establecimiento*

Es éste el supuesto más común: casos en los cuales el profesional mantiene algún tipo de relación o vinculación jurídica con el establecimiento, previa a la atención del paciente. Frente a la ausencia de normas expresas que regulen la cuestión, se ha planteado un sinnú-

mero de respuestas a los fines de determinar la responsabilidad tanto de los médicos, cuanto de los establecimientos asistenciales, con importantes proyecciones prácticas.

El criterio generalizado es que el establecimiento es responsable siempre que asimismo medie una responsabilidad profesional de los facultativos y demás personal interviniente. Para algunos, en razón de la existencia de responsabilidad indirecta del principal (establecimiento), por el hecho del "dependiente" (en sentido amplio); otros postulan una responsabilidad directa derivada de la actividad riesgosa. Participamos de esta última posición, pero en nuestra opinión el factor de atribución es objetivo, en razón de la *garantía*, consistente en que el establecimiento asegura la adecuada prestación del servicio, lo que supone —en definitiva— la previa determinación de la responsabilidad del médico.

### *f) La obligación de seguridad a cargo de los establecimientos asistenciales y otras obligaciones asumidas directamente*

Se trata del deber de puesta en práctica prevenciones destinadas a evitar accidentes ajenos al acto médico en sí (por ej., infecciones intrahospitalarias, daños a la integridad de los pacientes, etc.). La doctrina se encuentra dividida en orden al factor de atribución, discutiéndose si se trata de una obligación de medios o de resultados.

En el CCyC, somos de la opinión que *en principio* la obligación debe ser considerada como de resultados, salvo previsión legal expresa en contrario, como sucede en el caso del art. 1756 *in fine* que antes hemos analizado, y con los alcances allí indicados (§ 181.b).

En todos estos supuestos, el establecimiento (con independencia del acto médico) responde directamente por deficiencias propias en su organización que causen daños.

### *g) La situación personal de las autoridades del establecimiento asistencial*

No responden por una mala praxis del médico, ya que no es su función ni resultan garantes. Pero sí responden si la mala praxis guarda alguna relación causal con los deberes propios que le impone su función.

## § 209. Las obras sociales

### *a) Diversas modalidades de contratación*

Están regidas esencialmente por la ley 23.660 (obras sociales) y 23.661 (seguro nacional de salud). Están confiadas a los sindicatos, de una manera indirecta, y deben adecuarse a las pautas fijadas por el Ministerio de Salud de la Nación. Existen varias modalidades para contratar los servicios por ellas ofrecidos: atención por médicos en relación de dependencia; pago por prestación médica; sistema de "capitación"; sistema de "reintegro".

Pero a los fines de la responsabilidad civil, resulta irrelevante el sistema de contratación. El afiliado es ajeno a ese contrato, y no le es oponible.

### *b) Responsabilidad contractual y directa. Concurrencia*

No caben dudas de que la responsabilidad debe emplazarse en el ámbito contractual, pese a la existencia de un "contrato forzoso" con el adherente. En la gran mayoría de los casos, rigen los arts. 1027 y ss., ya que se trata de estipulaciones a favor de terceros. Cuando la obra social presta el servicio con profesionales que son dependientes de ella, responde de la misma manera que los establecimientos asistenciales. La responsabilidad frente al afiliado es, pues, contractual y directa. Siempre será concurrente con la del médico.

### *c) Alcance de la responsabilidad en los casos de prestadores del servicio en "listas abiertas"*

Se trata del caso en que la obra social habilita la provisión del servicio por terceros, sin indicar la nómina de profesionales, y luego o bien paga el servicio, o le reintegra al afiliado lo abonado. En tal caso, es criterio generalizado considerar que la responsabilidad se limita a la provisión del servicio y a su pago.

### *d) Alcance de la responsabilidad en los casos de prestadores del servicio en listas cerradas*

En estos casos, la jurisprudencia señala que tiene responsabilidad contractual, directa de la misma manera que los establecimientos asistenciales, aún cuando pueda elegirse a un facultativo de entre varios.

## § 210. Las empresas de medicina prepaga

### *a) Naturaleza del contrato. Relación de consumo*

Se trata de sistemas alternativos de prestación de servicios médicos, a los que desarrolla el Estado o la seguridad social, brindados por personas privadas. Se asemejan a las obras sociales, salvo en el hecho de que estas últimas son compulsivas. Tienen una ley que regula su actividad: 26.682, de mayo de 2011.

En su art. 1° se dispone: "*Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las leyes 23.660 y 23.661. Quedan también incluidas en la presente ley las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa. En todas aquellas actividades que resulten ajenas a dicho objeto continuarán rigiéndose por los respectivos regímenes que las regulan*". En el art. 2° se establece: "*Definición. A los efectos de la presente ley se consideran Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa*".

Pueden ser intermediarios, prestar el servicio a través de sus propios centros asistenciales, o también mediante el sistema de reintegros. En este caso, *los rige la Ley de Defensa del Consumidor.* En el art. 4° se dispone: "*Autoridad de aplicación. Es autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación. En lo que respecta a la relación de consumo y a la defensa de la competencia serán autoridades de aplicación las establecidas en las leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias, según corresponda*".

Por ende, los contratos quedan sometidos a las reglas de la contratación por adhesión para el consumo, siendo aplicables todas las presunciones emergentes de la ley, y las disposiciones referentes a las cláusulas vejatorias, deber de información, etc. La jurisprudencia an-

terior a la ley, y la doctrina, eran mayoritarias en el sentido de postular la aplicación de la ley 24.240.

*b) Responsabilidad por daños*

La ley 26.682 no tiene normas específicas. La cuestión se rige por la ley de consumidor. En nuestra opinión, existe aquí responsabilidad contractual y directa, de la misma manera que las obras sociales, siendo el factor de atribución objetivo (la garantía), y las eximentes operan de la misma manera que en las obras sociales.

## III. RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS

### § 211. Delimitación del tema

Los abogados, como todos los profesionales, asumen el deber de responder por sus conductas en muy diversas áreas: penal, disciplinaria, administrativa, civil, etc. (KEMELMAJER DE CARLUCCI). Nos limitamos a los aspectos del deber de reparar los daños y perjuicios producidos, sin perjuicio de algunas referencias a los otros sectores del responder.

Asimismo, el abogado puede desempeñar múltiples tareas: el que —como se dice— "ejerce la profesión", fundamentalmente en dos tipos de tareas: asesoramiento extrajudicial (puede o no estar colegiado) y litigio; el que "asesora" en la creación de normas (en el Poder Legislativo); docencia e investigación; judicatura. Nos centraremos en el primer supuesto, el denominado "ejercicio de la profesión liberal".

### § 212. Responsabilidad obligacional y extracontractual

En nuestra opinión, aunque la doctrina no es unánime, existen casos en los que no hay contrato previamente celebrado (por ej., el defensor de oficio), caso en el cual si bien —claramente— la responsabilidad no es contractual en sentido estricto, si lo es *obligacional* (§ 15.b)

Por lo general, la responsabilidad del abogado es contractual (VISINTINI, KEMELMAJER, COLOMBO, ACUÑA ANZORENA, ALSINA ATIENZA, etc.), aunque las vinculaciones con los diversos sujetos ("clientes", en sentido amplio), puede revestir variadas maneras.

No compartimos la opinión de quienes postulan que la responsabilidad puede ser indistintamente "contractual" o "extracontractual" si lo que se incumple (además de haber obligaciones previamente existentes) es un "deber legal" (TRIGO REPRESAS). La existencia de una norma jurídica previa no convierte a la responsabilidad en extracontractual.

*a) Casos de responsabilidad extracontractual*

Entre otros, pueden citarse los siguientes: cuando el damnificado es un tercero extraño a cualquier vinculación negocial, y no existe obligación previa, más que el deber genérico de no dañar (por ej., en el caso de responsabilidad por medidas cautelares mal trabadas); si el contrato de servicios profesionales es nulo; si el daño es ajeno al contrato (por ej., golpear al cliente); el caso del pedido doloso de quiebra contemplado en el art. 99 de la ley 24.522.

*b) Casos de responsabilidad obligacional*

Existen varias formas en que el abogado puede vincularse con quien requiere de sus servicios, y ello tiene algunas consecuencias diferentes: actuación como patrocinante (simple patrocinio, situación asimilable al asesoramiento legal y a la defensa del imputado en sede penal); actuación como procurador; actuación como apoderado; actuación como asesor o ante un dictamen.

## § 213. El contrato de servicios profesionales

Se discute su naturaleza, pero la mayoría de la doctrina adopta la posición del *contrato proteiforme*, que engloba prestaciones de servicios, obras, mandato, etc. La vinculación puede asumir o no, a la vez, diversas modalidades; motivo por el cual hay que analizar cada caso concreto y buscar la solución: puede haber mandato (el apoderado en un juicio), contrato de obra (redactar un contrato o un dictamen), de servicios (el patrocinante), pueden coincidir o coexistir sucesivamente, según la naturaleza del vínculo.

## § 214. Normativa aplicable

Además de las reglas generales que rigen la responsabilidad civil, existen algunas que disponen reglas resarcitorias especiales (como el

recién citado art. 99 de la ley 24.522); las *normas procesales,* que no sólo imponen conductas a los abogados, sino también en algunos casos la posibilidad de ordenar resarcimientos (por ej., el art. 208 del CPCCN, que permite solicitar el resarcimiento por las medidas cautelares mal trabadas); y también las normas deontológicas que rigen el ejercicio de la abogacía, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, que tienen *valor jurídico* a la hora de calificar la conducta como antijurídica, como ya se ha indicado (§ 203.d)

Como ya se ha señalado, la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 *no* es aplicable, salvo los supuestos de excepción (§ 203.b).

## § 215. Los presupuestos de la responsabilidad

### *a) Antijuridicidad*

Es casi inexistente la responsabilidad por "actos lícitos" del abogado. Aquí cobran especial relevancia toda una serie de deberes jurídicos y éticos impuestos al abogado por las diversas normas que rigen su actividad (TRIGO REPRESAS, KEMELMAJER DE CARLUCCI).

El primer estándar moral que tiene consagración jurídica explícita es el deber de actuar de buena fe (art. 9° CCyC). Como bien se ha dicho, "quizás en ningún otro campo estén tan estrechamente imbricados los principios éticos y los jurídicos; prueba de ello es que las obras dedicadas a la ética del abogado mencionan, entre las formas frecuentes de inconducta profesional, típicas acciones u omisiones productoras de daños" (KEMELMAJER DE CARLUCCI).

Los principales deberes jurídicos del abogado son: patrocinio y defensa (que comprende varios en particular: no abandonar intempestivamente al cliente; en el caso de los apoderados, interponer recursos —aunque se discute— y cumplir todos los actos procesales; conocimiento del derecho; rendición de cuentas; guardar secreto profesional; informar al cliente; no inducirlo a engaño).

Con relación a las *causas de justificación,* el consentimiento del damnificado tiene un rol importante, especialmente ante la prestación del consentimiento informado (por ej., el condenado que prefiere apelar una decisión, pese a que luego ello pueda redundar en un mayor tiempo efectivo en prisión).

La doctrina discute además si son viables las cláusulas de eximición de responsabilidad. En nuestra opinión (§ 127 y ss.), en pocos casos serán viables, debido —esencialmente— a la situación de asimetría negocial entre el abogado y su cliente.

### *b) Factor de atribución*

*(i) Consideraciones generales.* En términos generales ha de imperar la regla del art. 1768 del CCyC, en el sentido de que el abogado tiene a su cargo prestaciones *de medios*. De hecho, todas las normas deontológicas le *impiden* asegurar el resultado de un pleito.

Sin embargo, pueden existir obligaciones de resultado. Por ej., en el caso de que sean aplicables las reglas del contrato de obra (redacción de un dictamen, de un contrato, etc.). También, en el marco de un proceso judicial, si bien la tarea debe considerarse "única", en ciertos casos será posible desdoblarla, considerando algunos deberes jurídicos en particular.

En nuestra opinión, el factor será *subjetivo* en los siguientes casos: patrocinio y consultas, cuando el letrado carece de representación; inadecuado asesoramiento, aun cuando haya mandato: es que ni en la naturaleza jurídica del negocio celebrado —mandato— ni en el hecho de que pueda suscribir sus presentaciones sin recurrir a la firma del cliente, no hay situación diferente al patrocinio (WIERZBA); como regla, en los daños causados a terceros con quienes no se tiene un vínculo previo.

En tanto que el factor será *objetivo* en los siguientes supuestos: cuando se actúa como apoderado, en lo que hace a las obligaciones específicas derivadas de este contrato; cuando sustituye el poder; cuando sea patrocinante, procurador o apoderado, en el otorgamiento de los actos procesales del juicio (verificar la marcha del proceso, no dejarlo perimir, asistir a las audiencias, presentar los escritos, notificar y notificarse, etc., etc.), aunque algunos sostienen que la responsabilidad del patrocinante es subjetiva, lo que no compartimos, pues los deberes no cambian de naturaleza; redacción de contratos, otros actos jurídicos y dictámenes.

*(ii) Carga de la prueba.* Rigen aquí las reglas generales antes indicadas, emergentes de los arts. 1734 a 1736 del CCyC. Debe aclararse que no es viable la producción de prueba *pericial*, ya que será el juez,

a la luz de los hechos acreditados, quien determine la existencia o no de la mala praxis profesional.

*(iii) Algunos supuestos.* La doctrina y la jurisprudencia han ido construyendo ciertos criterios para determinar si existe o no culpa del abogado en su tarea.

Se ha señalado que *no hay culpa* cuando: existe discusión científica sobre el problema, habiendo el abogado optado por una de las opiniones, aunque debe determinarse si el abogado cumplió adecuadamente con el deber de información hacia su cliente. Cuando se plantean "cuestiones de derecho" que son, por ende, opinables. Es que "el abogado no puede, por lo tanto, transformarse en una víctima de la creciente inestabilidad del derecho. El grado de falta de certeza del proceso debe ser soportado por el cliente, en la medida en que sea debidamente informado sobre la suerte de la demanda" (GHERSI).

En cambio, se postula que *si hay culpa* cuando: existe desconocimiento sobre los principios básicos y reglas primeras que rigen la actividad (es equivalente al desconocimiento inexcusable del derecho que es causal de remoción de los jueces); desconocer fallos plenarios, o la jurisprudencia "más importante o conocida" de los Tribunales superiores o la CSJN cuestión a determinar en cada caso en concreto); al actuar en forma descuidada o negligente, esto es, la *impericia;* en la inadecuada selección de los hechos al efectuar los planteos (TRIGO REPRESAS).

*(iv) El caso del abogado* empleado *de un estudio jurídico.* Entendemos que en tal supuesto, el abogado estará sometido a un horario, una modalidad de trabajo y a una disciplina, pero como técnico en derecho, continuará siendo soberano en el ejercicio de sus funciones y cuando informe jurídicamente lo hará según su leal saber y entender; por grande que sea el grado de subordinación que pueda ligar a un profesional liberal, la responsabilidad derivada de su profesión le atribuye siempre un alto grado de autonomía en su radio profesional; por eso, una orden del patrono no podría relevarlo de esa responsabilidad ni la relación de trabajo autorizará al patrono para imponerle decisiones.

### *c) Nexo de causalidad*

No existen situaciones que escapen a las reglas generales, debiendo aplicarse los postulados de la causalidad adecuada.

### *d) Daño resarcible*

Si bien aquí rigen también las reglas generales, cabe apuntar que por lo general el daño en materia de responsabilidad de los abogados

constituye pérdida de chances frente a su cliente (§ 103.d). Para su determinación, debe efectuarse un razonable balance de perspectiva en pro y en contra; y del saldo de las mismas surgirá la proporción del resarcimiento (TRIGO REPRESAS). No puede coincidir con el importe del crédito o negocio frustrado, pero si así lo fuere, o estuviera muy aproximado, casi estaríamos en presencia de un lucro cesante. Si se inició un juicio, la posibilidad de iniciar un nuevo juicio, importa la inexistencia de la pérdida de chance, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños emergentes y el daño moral causado.

En relación al daño emergente, generalmente está constituido por las costas del proceso perdido por el cliente, que el abogado —si han sido pagadas y si él no ha sido obligado al pago— debe abonar.

### § 216. Actuación profesional plural

Es común que más de un abogado intervenga en el mismo asunto. Esto plantea que puede existir pluralidad de obligados (varios abogados, socios, empleadores, empresa, etc.)

Si la actuación es *conjunta*, entendemos que la responsabilidad es *solidaria*, por mediar coautoría. En tanto que si hay varios mandatarios (arts. 378 y 1326 CCyC), salvo pacto en contrario, la responsabilidad será *personal* en función de quien otorgue el acto en el caso concreto.

Si se trata de un abogado *empleado* de un estudio jurídico, señala KEMELMAJER DE CARLUCCI que en las relaciones de la empresa con los terceros, la prueba de la relación laboral producirá, indubitablemente, la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, y bajo sus reglas, que ya hemos analizado (§ 176 a 178).

## IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA CONSTRUCCIÓN

### § 217. Aclaración metodológica

El estudio completo y detallado de la problemática corresponde al derecho de los contratos, razón por la cual aquí esbozamos sólo las líneas generales, a la luz de la nueva normativa.

## § 218. Caracterización

Se trata de un viejo problema, con nuevos perfiles, originado en el derecho público romano, lo cual ya de por sí presenta al tema como no "exclusivo" del derecho privado.

Se desarrolla dentro de un complejo marco jurídico, que cabe resumir de la siguiente manera: el punto de partida es el *contrato de obras y servicios* (arts. 1251 y ss. CCyC), en particular las primeras, en donde existe regulación específica (arts. 1262 a 1277 CCyC). Existe un notable *interés público* en el contrato de construcción, por el peligro de daños que puede extenderse hacia la sociedad. El Estado tiene un particular interés en el problema, atento la trascendencia social de dicho contrato, lo que se plasma en normas de orden público, inderogables por las partes, y la profusión de normas reglamentarias, en particular las municipales (códigos de edificación). También tienen incidencia los derechos del consumidor, en particular luego de la modificación de la ley 24.240, por la ley 26.361, que lisa y llanamente incorporó al "mercado inmobiliario" a su ámbito de aplicación, aunque manteniéndose la exclusión de los profesionales universitarios.

La aparición de múltiples sujetos que prestan distintos tipos de tareas (obras o servicios) al comitente, desde la comercialización hasta la construcción, quedando sobrepasadas las viejas estructuras. Como se ha señalado, se trata de "sujetos cambiantes", en razón de las diversas maneras de construcción, comercialización y producción (KEMELMAJER DE CARLUCCI).

Ello trae como consecuencia que normalmente exista una multiplicidad de contratos conexados, por la existencia de diversos vínculos. Además, la posible existencia de varios "tipos" de damnificados (los contratantes o sus sucesores —universales o particulares— y los terceros —vecinos, transeúntes, etc.—).

## § 219. Multiplicidad de sujetos

### *a) Comitente*

Es quien encomienda la construcción y está interesado en su resultado final, debiendo pagar el precio de la misma. Generalmente es el destinatario de la obra, pero a veces puede no serlo, confundiéndose entonces con el promotor, si es que lo ofrecerá en venta a terceros.

*b) Quiénes intervienen en la construcción*

*(i) El constructor o contratista.* Es quien ejecuta la obra, y puede o no ser profesional liberal (los arquitectos o ingenieros pueden ser titulares de empresas constructoras). Frente al comitente está vinculado por el contrato de obras, asume el riesgo técnico de la obra, no tiene subordinación al comitente, y está obligado a un resultado material.

*(ii) Proyectista.* Es necesariamente un profesional liberal (ingeniero o arquitecto). Se compromete a entregar los planos que deben satisfacer el resultado esperado. Puede eventualmente derivar el trabajo en otras personas.

*(iii) Director de la obra.* Se obliga a que la obra se construya de conformidad al proyecto. Es un "defensor y protector de los intereses del dueño o locatario" (LÓPEZ MESA-TRIGO REPRESAS). Su función es controlar, asesorar, dirigir. Es necesariamente un profesional, pero no es dependiente del comitente.

*(iv) Otros sujetos.* También encontramos al calculista, los proveedores de materiales, y eventualmente subcontratistas de todos los sujetos aquí enumerados.

*c) Quiénes intervienen en la comercialización de la obra*

Además del comitente, podemos encontrar a los promotores, compañías aseguradoras, controladores técnicos, cooperativas de vivienda, etc.

*d) Adquirente de la obra*

Puede eventualmente tratarse de una persona diferente al comitente, caso en el cual será un consumidor.

**§ 220. Vínculos contractuales**

Los vínculos contractuales pueden ser de la más diversa índole y presentan múltiples variantes. Además del contrato de obra, podemos encontrar uniones transitorias de empresas y *joint ventures*; contratos individuales del comitente con el empresario, el director y el proyectista. Todos ellos pueden o no estar vinculados entre sí. Igualmente,

los contratos de consumo con terceros adquirentes. Como se ha señalado, existe una maraña de vínculos, pero sea cual sea la relación, lo cierto es que la primera obligación de cada uno es ejecutar su trabajo conforme a lo convenido, y a las reglas legales y reglamentarias, y las de su propia profesión (KEMELMAJER DE CARLUCCI).

## § 221. El factor de atribución

Somos de la opinión que en todos los supuestos se trata de obligaciones de *resultado*, siendo aplicable, por ende, lo establecido en el art. 1768 del CCyC de manera excepcional, como ya se ha indicado (§ 203.e).

## § 222. Daños entre partes

### *a) Responsabilidad contractual durante la realización de la obra*

En el art. 1256 del CCyC se regulan las obligaciones del contratista y el prestador. En tanto que en el art. 1268 del CCyC se dispone: *"Destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega. La destrucción o el deterioro de una parte importante de la obra por caso fortuito antes de haber sido recibida autoriza a cualquiera de las partes a dar por extinguido el contrato, con los siguientes efectos: a) si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente, el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada; b) si la causa de la destrucción o del deterioro importante es la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se debe la remuneración pactada aunque el contratista haya advertido oportunamente esa circunstancia al comitente; c) si el comitente está en mora en la recepción al momento de la destrucción o del deterioro de parte importante de la obra, debe la remuneración pactada".*

En tanto que en el art. 1267 del CCyC se establece: *"Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa. Si la ejecución de una obra o su continuación se hace imposible por causa no imputable a ninguna de las partes, el contrato se extingue. El contratista tiene derecho a obtener una compensación equitativa por la tarea efectuada".*

*b) Responsabilidad después de entregada la obra por ruina producida en edificios o inmuebles destinados a larga duración*

*(i) La regla general.* La norma central es el art. 1273 del CCyC, en el que se dispone: "*Obra en ruina o impropia para su destino. El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista*". El concepto de *ruina* se extiende a los casos en que la obra sea "impropia para su destino" (HERNÁNDEZ). Puede ser total (todo el edificio) o parcial (sólo en una parte). No es relevante que sea por vicios aparentes u ocultos, desde que la recepción de la obra sin reservas no libera, pues su gravedad es de tal entidad que no puede disculparse con la conformidad del dueño (NICOLAU). Tampoco es necesaria la declaración administrativa de ruina (KEMELMAJER DE CARLUCCI), pero si la hay, queda configurada.

*(ii) Legitimados pasivos.* Además del constructor, se establece en el art. 1274 del CCyC: "*Extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino. La responsabilidad prevista en el art. 1273 se extiende concurrentemente: a) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual; b) a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista; c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes*".

*(iii) Legitimados activos.* Son el comitente de la obra y el adquirente (art. 1273 CCyC).

*(iv) Factor de atribución.* Es claramente objetivo, y se indica en el art. 1273 del CCyC en qué casos no es posible invocar la *causa ajena.*

*(v) Plazo de caducidad.* Se establece en el art. 1275 del CCyC que "*para que sea aplicable la responsabilidad prevista en los arts. 1273 y 1274, el daño debe producirse dentro de los diez años de aceptada la obra*".

*(vi) Nulidad absoluta de las cláusulas de dispensa de la responsabilidad. Remisión.* En el art. 1276 del CCyC se dispone: *"Nulidad de la cláusula de exclusión o limitación de la responsabilidad. Toda cláusula que dispensa o limita la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra realizada en inmueble destinada a larga duración o que la hacen impropia para su destino, se tiene por no escrita"* (§ 127 y ss.).

### *c) Responsabilidad después de la entrega por ruina en edificios no destinados a larga duración y por vicios que no provocan ruina*

La cuestión está regulada, esencialmente, en los arts. 1270 a 1272 del CCyC: *"Aceptación de la obra. La obra se considera aceptada cuando concurren las circunstancias del art. 747"* (art. 1270); *"Vicios o defectos y diferencias en la calidad. Las normas sobre vicios o defectos se aplican a las diferencias en la calidad de la obra"* (art. 1271); *"Plazos de garantía. Si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación. Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista: a) queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes; b) responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los arts. 1054 y concordantes"* (art. 1272).

Si bien sólo se menciona al contratista como responsable, entendemos que en tanto y en cuanto se acredite la contribución causal de alguno de los restantes intervinientes en la construcción, ellos pueden ser también demandados.

## § 223. Daños a terceros

Se trata de daños causados a terceros ajenos a la construcción. En el art. 1277 del CCyC se dispone: *"Responsabilidades complementarias. El constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones"*.

### *a) Daños causados durante la ejecución de la obra*

El empresario y el director responden como guardianes; también como principales por los daños producidos por las personas que se encuentran en relación de dependencia.

Con relación al dueño de la obra, entendemos que si la cosa es de propiedad del comitente, su responsabilidad es concurrente por su calidad de tal (art. 1758 CCyC). En tanto que si no lo es, y aunque existen posiciones encontradas en el marco del Cód. Civil, entendemos que también responde, por el concepto amplio de guardián emergente del art. 1758 del CCyC (§ 185.c).

### *b) Daños causados después de entregada la obra*

La legitimación pasiva del art. 1277 del CCyC es sumamente amplia, mucho más que la del art. 1647 del Cód. Civil (su antecedente), ampliándose —adecuadamente— la protección de los terceros víctimas de este tipo de daños (por ej., por la caída de un balcón, humedades, etc.). La norma debe ser complementada con las reglas generales de la responsabilidad civil, tanto en lo atinente a la responsabilidad directa, como a la resultante del hecho de las cosas y las actividades riesgosas (HERNÁNDEZ). La responsabilidad de estos legitimados pasivos es concurrente con la del dueño del bien.

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

Ver también la citada para las obligaciones de medios y resultados en el capítulo 15 de *Obligaciones*.

BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

CALVO COSTA, Carlos A., "La culpa médica en el Código Civil y Comercial", LL del 4/11/2015, p. 4; LL 2015-F-632.

CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil médica ante el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2015-II, tapa.

FUMAROLA, Luis A., "Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-211.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración", en *Revista de Derecho de Daños*, t. 2004-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 7/92.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación", LL del 4/4/2016, p. 1.

LORENZETTI, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

PADILLA, Rodrigo, "Responsabilidad civil profesional. Con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos", DJ del 2/9/2015, p. 4; RCyS 2016-I-18.

TRIGO REPRESAS, Félix. A., *Responsabilidad civil del abogado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código", LL del 6/4/2015, p. 1; LL 2015-B-834.

WIERZBA, Sandra M., *Responsabilidad civil del abogado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

WIERZBA, Sandra M., "La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IX-5.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1988.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 24/10/1989, "Amante, Leonor v. AMTA", JA 1990-II-125.

CSJN, 10/5/1999, "Porcella, Hugo y otros", RCyS 2000-496.

CSJN, 11/7/2006, "B., R. R. v. Provincia de La Pampa y otro", LL 2007-A-559.

CAPÍTULO XIII

# RESPONSABILIDADES ESPECIALES (CONT.)

## I. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

### § 224. Una problemática en crecimiento

La *educación* es uno de los pilares básicos del crecimiento de toda sociedad. El Estado la regula, de manera institucional, desde la más tierna infancia de las personas, hasta los grados más altos del conocimiento. Lamentablemente, el fenómeno de la *violencia escolar* no nos es ajeno. Cada vez, y con mayor asiduidad, se producen daños en el ámbito de la actividad educativa. En estos últimos años, el fenómeno se ha potenciado: el *bullying*, las redes sociales, la violencia, el uso de drogas, la crisis de la autoridad, y tantas otras cuestiones confluyen en el ámbito escolar. La causación de daños por y hacia menores de edad genera una especial preocupación, y de allí la importante reforma que se produjo al art. 1117 del Cód. Civil en el año 1997, con la ley 24.830, cuya sustancia se mantiene en el CCyC, con algunos ajustes que han definido ciertas cuestiones que se prestaban a diversas interpretaciones.

### § 225. El sistema del Cód. Civil

En el art. 1117 del Cód. Civil, existía una presunción de culpa del "director" y del "maestro artesano". Respondía al tipo de enseñanza que se desarrollaba en ese momento. Sólo era por los daños que "causaren" los alumnos (y no por los daños que sufrieran). Ello no significaba que no hubiera responsabilidad, sino que tal situación no estaba incluida dentro de este régimen especial. Existían muchas discusiones acerca del factor de atribución en el caso de los daños sufridos.

## § 226. La norma legal. El microsistema

En el art. 1767 del CCyC se dispone: "*Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria*".

Se trata de un microsistema de responsabilidad *agravada*, en cabeza del titular del establecimiento educativo, que *no excluye* la eventual responsabilidad de otros sujetos sobre quienes pese algún deber de conducta en relación a los alumnos menores de edad, o bien por los daños que ellos causen a terceros, como por ej., la responsabilidad *directa* del maestro que se encuentre a cargo del cuidado de un alumno cuando éste sufre un daño. Lo que ocurre que, en este caso, regirán las normas generales de la responsabilidad directa, y no la especial del art. 1767 del CCyC.

## § 227. Exclusión de los establecimientos educativos del Estado

Si bien en el art. 1767 del CCyC no se hace referencia a los establecimientos educativos estatales o privados (la distinción era, en los términos del CCyC, innecesaria, y debía entenderse que la norma era aplicable a ambos —MOEREMANS—), la situación originariamente prevista en el Anteproyecto se modificó en función de lo dispuesto por los arts. 1764 a 1766 del CCyC. Si el establecimiento educativo es de propiedad del Estado nacional, el art. 1767 del CCyC deviene inaplicable, y la cuestión se rige por la ley 26.944, en la que se dispone la responsabilidad objetiva y directa del Estado, en las condiciones que analizamos más adelante en este mismo capítulo. Si bien dicha responsabilidad es más limitada en ciertas cuestiones (por ej., la extensión del resarcimiento), en materia de eximentes resulta más amplia, ya que —como se verá— sólo libera el caso fortuito en el caso del art. 1767.

En tanto y en cuanto las provincias (y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) no adhieran a esta normativa, o no dicten sus propias normas de responsabilidad estatal, somos de la opinión que ante el vacío legal, y pese a lo terminante del art. 1764 del CCyC ("*Las dis-*

*posiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*"), el *vacío legal* impone la aplicación del art. 1767 del CCyC.

La situación no alcanza a aquellos establecimientos de gestión privada con subsidio estatal. Si el *titular* del establecimiento no es el Estado, rige el régimen especial del art. 1767 del CCyC.

MOEREMANS sostiene que la norma es igualmente aplicable a los establecimientos estatales, en el entendimiento de que "un mismo evento no puede dar lugar a dos regímenes diversos de responsabilidad, según quién sea el titular del establecimiento, pues se conculcaría el principio de igualdad amparado constitucionalmente (art. 16 de la CN) y lo más probable el derecho a la reparación integral del daño (amparado por el art. 17 de la CN)". *De lege lata* entendemos que lo señalado es objetable, sin perjuicio de la opinión que manifestaremos más abajo respecto del régimen especial de responsabilidad estatal.

## § 228. Aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor

La cuestión era discutida en el marco del art. 1117 del Cód. Civil, en particular en razón de la situación de los establecimientos estatales, desde que algunos entendían que, o bien se aplicaba a los establecimientos privados y a los públicos, o bien a ninguno, ya que lo contrario importaba un privilegio injustificable para el Estado, y una grave lesión hacia aquellos que se encuentran en el ámbito de la educación pública. La discusión se mantiene para aquellos casos en los que no se ha dictado la norma de responsabilidad estatal. Sin perjuicio de la procedencia o no (en lo sustancial) del régimen especial de la responsabilidad del Estado, cabe preguntarse si al prestador de servicios educativos cabe o no calificarlo como *proveedor profesional de bienes y servicios* en los términos del art. 2° de la ley 24.240. Nuestra respuesta es positiva, en función de la índole de la tarea que efectúa el prestador de servicios educativos (también PIZARRO y SAGARNA).

## § 229. Los "establecimientos educativos" alcanzados por la norma

En el art. 1767 del CCyC se hace referencia a los "establecimientos educativos" y a la "autoridad escolar", sin determinarse si se trata o no, de manera exclusiva, de aquellos que se encuentran contemplados por la Ley de "Educación Nacional" 26.206 (que sustituyó la ley 24.195).

En el art. 14 de la ley se dispone: *"El Sistema Educativo Nacional es el conjunto organizado de servicios y acciones educativas reguladas por el Estado que posibilitan el ejercicio del derecho a la educación. Lo integran los servicios educativos de gestión estatal y privada, gestión cooperativa y gestión social, de todas las jurisdicciones del país, que abarcan los distintos niveles, ciclos y modalidades de la educación"*. Asimismo, en el art. 17 se establece que *"La estructura del Sistema Educativo Nacional comprende cuatro (4) niveles —la educación inicial, la educación primaria, la educación secundaria y la educación superior, y ocho (8) modalidades"*, que luego se explicitan.

La educación *inicial*, *"constituye una unidad pedagógica y comprende a los/as niños/as desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años de edad inclusive, siendo obligatorios los dos (2) últimos años"* (art. 18). La educación *primaria*, *"es obligatoria y constituye una unidad pedagógica y organizativa destinada a la formación de los/as niños/as a partir de los seis (6) años de edad"* (art. 26). La educación *secundaria*, *"es obligatoria y constituye una unidad pedagógica y organizativa destinada a los/as adolescentes y jóvenes que hayan cumplido con el nivel de educación primaria"* (art. 29). La educación *superior*, comprende: *"a) Universidades e institutos universitarios, estatales o privados autorizados, en concordancia con la denominación establecida en la ley 24.521. b) Institutos de educación superior de jurisdicción nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de gestión estatal o privada"* (art. 34).

No cabe dudar que quedan comprendidos los establecimientos educativos de educación inicial, primaria y secundaria caracterizados y regulados por dicha ley; y que —como se dispone en el art. 1767 del CCyC— quedan excluidos los de educación superior.

La discusión, que no ha quedado resuelta de manera explícita, es la relativa a *otros* institutos no alcanzados por la regulación general, como aquellos en donde se aprende un idioma, música u otra actividad artística, las academias particulares. SAGARNA interpreta que solamente deben entenderse comprendidos los regulados por la ley 26.206, lo que se refuerza al hacerse referencia en el art. 1767 del CCyC a la "autoridad escolar", que no puede ser sino entendida en el sentido apuntado; agrega que el severo régimen (en especial por la obligatoriedad de contratar un seguro y la eximente limitada) es sumamente severo, y sólo se justifica en los casos indicados. PIZARRO, por su parte, indica que la ley no distingue, que existen en las provincias regímenes particulares, y que no se justifica, por la naturaleza de la situación, limitar el ámbito de aplicación sólo a dichos establecimientos. Que, en tanto y en cuanto, se trate de una actividad organizada en forma de empresa, organizada y bajo una dirección,

*cualquier* establecimiento educativo debe quedar alcanzado. Participamos de esta última opinión, agregando que —en todos esos supuestos— deviene aplicable también la ley 24.240, y es especialmente la *naturaleza* de la actividad lo que permite incluirlas en el ámbito de aplicación de la norma. Entendemos también que cabe incluir a aquellos lugares en los que se "enseña" la práctica de un deporte, de manera similar a lo que ocurre con las actividades intelectuales o artísticas.

No así, en cambio, los casos de enseñanza impartida en forma individual por el docente, de manera particular, y tampoco la educación a distancia, desde que no hay autoridad efectiva sobre el alumno, que es el fundamento de la responsabilidad (LOIZAGA). Lo propio en el caso de las *guarderías* de niños pequeños, sin perjuicio de la aplicabilidad de la ley 24.240.

## § 230. Naturaleza de la responsabilidad

La unificación de las órbitas de responsabilidad, y la existencia de un sistema único, permite afirmar que aun cuando en el caso del daño *sufrido* por un alumno se esté en presencia de responsabilidad por incumplimiento obligacional, y en el caso de daños causados a terceros por aquéllos la responsabilidad sea extracontractual, no existen diferencias sustanciales en ambos casos (SAGARNA). Por cierto que, en este supuesto, el criterio de *previsibilidad contractual* en orden a la extensión del resarcimiento (art. 1728 del CCyC) deviene inaplicable, razón por la cual regirá la regla general del art. 1726 del CCyC.

## § 231. Legitimado pasivo

En el art. 1117 del Cód. Civil se hacía mención al *propietario*, y en el art. 1767 del CCyC al *titular*. La locución es más amplia, y —evidentemente— no refiere al dueño del inmueble en donde se desarrolla la actividad, sin perjuicio de su eventual responsabilidad (concurrente) en tal carácter, en razón del art. 1757 del CCyC. Como indica PIZARRO, "todo aquel que tiene a su nombre un título suficiente que le otorga un derecho sobre un establecimiento educativo, ejercite o no la dirección efectiva del mismo, es titular a los fines de la norma y responde objetivamente por el riesgo creado y de empresa que dimana de su actividad".

## § 232. El factor de atribución

Se discute si se trata de riesgo creado o de empresa, o bien *garantía*. La norma es clara al atribuir responsabilidad *objetiva* y, en nuestra opinión, se trata de *garantía* en relación a los daños sufridos por los alumnos, y riesgo creado o de empresa en el caso de los daños causados por ellos a terceros.

## § 233. Requisitos de la responsabilidad

### *a) Daño causado o sufrido por un alumno*

Se trata de dos situaciones diferentes, aunque pueden coexistir (un alumno que causa daños a otro). El daño sufrido puede ser causado, además, por una autoridad escolar, por personal dependiente del establecimiento, o por terceros. Si el alumno causa daños a un tercero (se encuentre o no vinculado al establecimiento educativo), su titular queda alcanzado por la responsabilidad establecida en la norma. En este último caso, es indiferente que se trate o no de un alumno imputable o no (mayor o menor de 10 años de edad), y sin perjuicio —eventualmente— de la responsabilidad directa del autor material del daño.

### *b) Minoridad del alumno dañador o dañado*

La norma establece que el alumno debe ser menor de edad, sea cual sea el rol que asuma en el evento dañoso. Como bien se ha dicho, "la norma fue concebida para responsabilizar por el hecho de otro que debe estar controlado, como si fuera un hecho propio, y para garantizar la indemnidad del alumno a cargo" (SAGARNA).

Quedan, pues, claramente excluidos de la norma (y no, claro está, de las reglas generales de la responsabilidad), los daños causados o sufridos por alumnos *mayores* de edad.

Se discute si los emancipados quedan o no alcanzados. PIZARRO se pronuncia por la negativa, en el entendimiento de que, el sujeto esté o no casado, su edad sigue siendo la misma, y el fundamento de la responsabilidad no varía, constituyendo una discriminación arbitraria en su perjuicio, y en el de terceros, siendo diferentes las razones por las que se excluye de responsabilidad a los padres en tal caso.

Participamos de esta opinión, si bien entendemos que hubiera sido deseable que la norma lo aclarara.

### *c) La situación de control del menor dañino o dañado*

En la norma se dispone que la responsabilidad opera si el daño es causado o sufrido por el alumno menor de edad cuando *se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar.*

Esto significa que el alumno debe estar *sometido a la autoridad* de personal docente o no docente (BUSTAMANTE ALSINA, VÁZQUEZ FERREYRA). Por ende, quedan comprendidas las actividades áulicas como las extraáulicas (deportivas, salidas educativas, viajes de estudio, etc.)

*(i)* Ámbito temporal. ¿Cuándo comienza y cuándo termina la "situación de control" a la que hemos definido? El tema es de suma importancia, pues una vez que cesa la situación de control, culmina la responsabilidad. En principio, en las actividades áulicas u ordinarias, el horario de ingreso marca el comienzo de la actividad de vigilancia; y el de salida, su final. En las restantes, entendemos que comienza cuando el padre deja al alumno con el encargado de su custodia, o bien cuando "queda" bajo la misma. Si el alumno queda bajo el control material de la autoridad (por ej., porque se "ratea" antes de quedar a bajo su cuidado), no comienza el deber de vigilancia. Culmina el deber de vigilancia, cuando cesa el horario de clases (o de la actividad) y el alumno se retira del ámbito espacial y personal de custodia. Puede verse que en muchos casos, confluyen ambos ámbitos: el espacial y el temporal.

*(ii)* Ámbito espacial *y material de control.* Es claro que si el daño se produjo *dentro* del establecimiento, se presume la responsabilidad. Algunos señalan que si el alumno está en el mismo, pero por razones extraescolares, no habría responsabilidad (LOIZAGA). En nuestra opinión, si el establecimiento ha permitido el ingreso, podrá tratarse de una actividad no ordinaria pero, en principio, la responsabilidad existirá, salvo que en el caso en concreto se encuentre el alumno a cargo de sus padres o quienes tengan el deber directo de cuidado sobre él, debiendo analizarse el caso en concreto.

Fuera del ámbito espacial del establecimiento educativo, fuera del establecimiento, tiene lugar la responsabilidad cuando el daño se pro-

duce en ocasión de una actividad fuera del recinto del establecimiento (actividad deportiva, viaje, visita a un museo, etc.).

En el caso de los daños producidos *antes* de ingresar, o a la *salida* de la actividad áulica, la doctrina lo discute, pero cada vez más se tiende a ampliar esta responsabilidad por considerarse que el *deber de control* se extiende más allá del límite espacial del edificio escolar, siempre y cuando ello sea razonable (por ej., existen vallas de seguridad en las veredas de las escuelas, a fin de evitar accidentes de tránsito).

## § 234. Eximentes

Se ha reiterado lo dispuesto en el art. 1117 del Cód. Civil: la responsabilidad es objetiva y *exime sólo con la prueba del caso fortuito*.

### *a) La discusión en el marco del Cód. Civil*

Se planteó en la doctrina y la jurisprudencia si *además* del caso fortuito, podían entenderse que cabía invocar como eximentes el *hecho de la víctima* y el *hecho del tercero*. En especial cobraba alta relevancia el primero, por las *autolesiones* que los menores, en especial los niños pequeños, podían infligirse de manera involuntaria y accidental. Según algunos, debía interpretarse que si las otras dos eximentes reunían los caracteres del caso fortuito, debían considerarse tales, y, por ende, no había responsabilidad.

### *b) El Cód. Civil y Comercial*

Entendemos que la decisión del legislador ha sido clara. En el art. 1117 del Cód. Civil, se disponía que "salvo" el caso fortuito, se respondía; ahora, en el art. 1767 del CCyC se establece que "sólo" libera el caso fortuito (y también, claro está, la *fuerza mayor*, pues ambos se encuentran equiparados —art. 1730 CCyC—). Como bien se ha dicho, si el legislador hubiera pensado que las otras eximentes liberaban, hubiera tenido la posibilidad de enmendarse, y no lo ha hecho (SAGARNA); pero, además, ha *reforzado* la limitación de la eximente y, por ende, la existencia de una responsabilidad *agravada*. El microsistema, más protectorio, tiene como contrapeso la obligatoriedad de contratar un seguro.

Por ende, en el caso de daños *sufridos* por los alumnos, concluimos que ni el hecho de la víctima ni el hecho del tercero liberan, lo que —por ej.— trae aparejada la responsabilidad del establecimiento en el caso —muy usual— de lesiones producidas en actividades deportivas, o en los recreos; o también en ciertas actividades en donde podría —bajo el régimen general— predicarse el hecho de la víctima, como la manipulación de elementos riesgosos en una clase de química, o en actividades de tipo técnico.

En el caso de daños *causados* por los alumnos a *terceros ajenos al establecimiento educativo*, PIZARRO sostiene que la norma debe ser objeto de una interpretación sistemática, pues no hay razón alguna para liberar —en general— al principal o al comitente, y no hacerlo respecto del titular de un establecimiento educativo.

### § 235. El seguro obligatorio

Se dispone, por último, la obligatoriedad de contratar un seguro, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Pero se ha omitido nuevamente regular los efectos de la *omisión* de cumplir con dicho deber. En nuestra opinión, la autoridad *educativa* de contralor (el Estado Nacional o Provincial, según el caso), será responsable concurrente —aunque en los límites fijados por la ley especial— en este caso.

Agrega MOEREMANS que la Superintendencia de Seguros de la Nación será también "la autoridad encargada de controlar que las instituciones educativas tomen el seguro correspondiente, contralor que puede ser compartido por las autoridades provinciales con competencia en materia educativa, porque de nada servirá establecer los requisitos y la garantía legal autónoma, si los establecimientos incumplen con la obligación de contratar un seguro".

### § 236. Invalidez de las cláusulas de eximición de responsabilidad

La aplicabilidad de la ley 24.240 al caso torna nula cualquier cláusula de limitación de responsabilidad (las "autorizaciones" que se suelen hacer suscribir a los padres, liberando de responsabilidad al establecimiento educativo). Si no se entendiera que las normas de consumo son aplicables, de todas maneras el marcado *orden público*

de la norma, en función de los intereses jurídicos en juego, las torna igualmente inválidas (§ 127 y ss.).

### § 237. Otras responsabilidades. Concurrencia

Como ya se ha indicado, el art. 1767 del CCyC instaura un microsistema de responsabilidad aplicable sólo al titular del establecimiento educativo, que no excluye la eventual responsabilidad de otros sujetos que puedan haber tenido intervención causal en el suceso dañoso, quienes responderán en forma concurrente junto con el primero. Entre otros: los maestros, preceptores o personal del establecimiento educativo, en tanto y en cuanto se verifique su responsabilidad directa por el hecho propio (subjetiva), o por el hecho de las cosas de las que sean guardianes (por ej., un elemento de trabajo o estudio riesgoso); la eventual responsabilidad del tercero que cause daño a un alumno; la responsabilidad del dueño del inmueble, si se ha debido al hecho de la cosa; etc.

## II. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DE SUS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES

### § 238. Metodología. Las personas jurídicas en el Cód. Civil y Comercial

En la Parte General (Libro Primero) se encuentra una detallada regulación de las personas jurídicas, sistemática y ordenada (Título II): su propia "Parte General" (capítulo 1, arts. 141 a 167 CCyC); y disposiciones especiales respecto a las asociaciones civiles (capítulo 2, arts. 168 a 192 CCyC), y fundaciones (capítulo 3, arts. 193 a 224 CCyC). Por cierto que existen muchas leyes especiales que disponen sobre otras personas jurídicas, como las sociedades comerciales, cooperativas, etc.

En lo atinente a la responsabilidad civil cabe distinguir, por una parte, la que compete a la persona jurídica por el hecho de quienes las dirigen o administran (art. 1763 CCyC) y de sus dependientes (art. 1753 CCyC); y por la otra, la que corresponde de manera individual a sus administradores en general (art. 160 CCyC), la de éstos y quienes la dirigen si existe alguna disposición al respecto en las regulaciones especiales, y la propia de los dependientes. En este último caso, tanto en relación a los daños causados a las mismas personas jurídicas, como respecto de terceros.

## § 239. Exclusión del Estado. Ámbito de aplicación de las normas

En función de lo dispuesto en los arts. 1764 a 1766 del CCyC, y pese a que el Estado es una persona jurídica, pública (art. 146 CCyC), las reglas de su responsabilidad civil se rigen por las propias (cuyo epicentro es la ley 26.944), que analizamos más adelante. Por ende, el análisis se ciñe exclusivamente a las personas jurídicas *privadas* (art. 148 CCyC).

## § 240. Responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de quienes las dirigen o administran

### *a) La norma general. Antecedentes*

En el art. 1763 del CCyC se dispone: *"Responsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones"*. La norma reconoce como antecedente al art. 43, 1° parte, del Cód. Civil (t.o. ley 17.711), el que replica casi textualmente: *"Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones"*. El criterio, pues, es el mismo que se construyó para esta norma.

### *b) Las órbitas de la responsabilidad*

Sin perjuicio de la unificación entre las órbitas contractual y extracontractual, es claro que las diferencias que existen en ambas (§ 14 a 17) se proyectan a la responsabilidad de la persona jurídica, en tanto ésta derive o no del incumplimiento de una obligación preexistente, especialmente cuando se trate de un contrato. Nuestro análisis, en esta parte, se centrará especialmente en la responsabilidad extracontractual.

### *c) Responsabilidad indirecta*

Compartimos la opinión que postula que debe descartarse toda idea de responsabilidad directa, pues "la interpretación armónica de los arts. 732 y 1753 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, permite afirmar la existencia de un principio común en el fundamento de la responsabilidad por el hecho de otro. Dicho fundamento, aplicable al incumplimiento obligacional y al daño aquiliano. Ellas

sólo responderán en forma indirecta, por el hecho ajeno: sus administradores, miembros, representantes o dependientes" (CROVI).

### *d) Requisitos*

*(i) Calidad del autor del daño.* El art. 1763 del CCyC regula la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas por los daños causados por quienes las *dirigen* o *administran.* La determinación de dichas calidades depende del *tipo* de persona jurídica en particular, y la regla general se encuentra en el art. 158 del CCyC: *"Gobierno, administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse; b) los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad".*

*(ii) El daño debe haber sido causado en ejercicio u* ocasión *de las funciones. Remisión.* El ejercicio de la función consiste en el desarrollo de los actos previstos en los estatutos como de competencia del órgano (ALFERILLO), en tanto que la *ocasión*, que ya hemos caracterizado (se trata de una cuestión causal, que aquí queda alcanzada para atribuir responsabilidad - *Obligaciones* § 422 y 177.c) importa la circunstancia de que la situación de director o administrador haya tenido el rol de *conditio sine qua non* para la producción del daño. Se trata, en definitiva, de la misma situación que se presenta —en términos generales— en la responsabilidad civil por el hecho ajeno (art. 1753 CCyC).

### *e) Factor de atribución*

Es objetivo, y se trata de la *garantía.* Es que es impredicable en la persona jurídica, por ser tal, el obrar culposo.

## § 241. Responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus dependientes y por el hecho de las cosas o las actividades riesgosas. Remisión

La norma general nada contempla al respecto, y es innecesario: la cuestión se rige por lo establecido en los arts. 1753 y 1757 y 1758 del CCyC (§ 176 y ss. y 184 y ss.)

## § 242. La responsabilidad personal de los directores y administradores de la persona jurídica

### *a) La regla general*

En el art. 160 del CCyC se dispone: "*Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*". La responsabilidad, pues, en sumamente amplia, y no escapa a los principios generales. Debe recordarse el *ensanchamiento* de la *omisión* como causal de responsabilidad (§ 35 y 57), que aquí no adquiere matices propios, ni limitantes.

A su vez, en el art. 159 del CCyC existen normas de suma importancia para *calificar* su conducta: "*Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica*".

### *b) El factor de atribución, ¿sólo subjetivo?*

Claramente se consagra el *factor subjetivo* de atribución para este caso, tanto respecto de los daños causados a la persona jurídica, a sus miembros y también a los terceros. La solución nos causa cierta perplejidad en orden al factor de atribución en la responsabilidad hacia *terceros,* particularmente, pues en no pocos casos podrá estarse en

presencia de *actividades riesgosas* (art. 1757 del CCyC), en especial si el daño se causa "en ocasión" de la función. Repárese que en tal situación, una situación dañosa *de la misma naturaleza* protagonizada por el administrador de una persona jurídica, recibiría un trato diferente a la de un dependiente (en el caso en que el factor de atribución de la responsabilidad de este último fuera objetivo). Además, no cabe dudar de la existencia de múltiples *obligaciones de resultado* que podrían estar en cabeza de los directores o administradores, cuyo incumplimiento —eventualmente— genere daños a los sujetos contemplados en el art. 160 del CCyC. Una interpretación armónica de las normas sobre responsabilidad, nos lleva a concluir que *como regla* la responsabilidad será subjetiva, en especial en atención a los deberes que su situación les impone frente a la persona jurídica y a sus miembros; pero no cabe descartar la existencia de factores objetivos de atribución.

### *c) Ejercicio u ocasión de la función*

En *todos* los casos de responsabilidad en donde existe una *función* especial, ésta se extiende a los daños causados en ejercicio o en ocasión de ella (arts. 1753, 1763 y 160 CCyC).

### *d) Solidaridad*

En caso de que el mismo acto dañoso haya sido obrado por dos o más directores o administradores, la responsabilidad es solidaria.

### *e) Concurrencia*

En caso de que la persona jurídica resulte responsable del daño causado a terceros, su obligación resarcitoria (art. 1763 CCyC) es *concurrente* con la del director o el administrador.

### *f) Situaciones particulares*

*(i) Simples asociaciones.* Se dispone en el art. 191 del CCyC: *"Insolvencia. En caso de insuficiencia de los bienes de la asociación simple, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable de las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que han suscripto durante su administración. Los bienes personales de cada una de esas personas no pueden ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho a sus acreedores individuales".*

*(ii) Fundaciones.* En el art. 200 del CCyC se establece: *"Responsabilidad de los fundadores y administradores durante la etapa de gestación. Los fundadores y administradores de la fundación son solidariamente responsables frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta el momento en que se obtiene la autorización para funcionar. Los bienes personales de cada uno de ellos pueden ser afectados al pago de esas deudas sólo después de haber sido satisfechos sus acreedores individuales".*

*(iii) Sociedades comerciales.* En el art. 59 de de la Ley general de Sociedades 19.550 se dispone: *"Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión".*

En el art. 274 (para la sociedad anónima) se dispone: *"Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo. Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial".* E tanto que el art. 275 reza: *"La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento o si no media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal".*

## III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

### § 243. Antecedentes

#### *a) Consideraciones generales*

La responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos por los daños causados ha sido objeto de un enorme proceso evolutivo, no

exento de vaivenes, en razón de la *especial situación jurídica* de dichos sujetos, diferente —claro está— a la de los particulares. Desde la irresponsabilidad absoluta, en un principio se pasó a sistemas de creciente responsabilidad, construidos —en nuestro medio— a partir esencialmente del art. 1112 del Cód. Civil, en el que se disponía la responsabilidad de los funcionarios públicos en los siguientes términos: *"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título"*. La doctrina y la jurisprudencia discutieron acaloradamente los alcances de esta norma, el concepto y alcances de la locución *funcionario público* y, finalmente, si esta responsabilidad era también aplicable o no al Estado, o, en su caso, cuál era el régimen de responsabilidad de este último. Asimismo, la doctrina de la *responsabilidad por actos lícitos dañosos* se construyó esencialmente a partir de una realidad inevitable: la actuación del Estado, en procura del bien común y la tutela del interés general, necesariamente importa sacrificios a los particulares, que en no pocos casos pueden traducirse en *daños*. También, la actuación *irregular* del Estado o sus funcionarios o los empleados públicos, y otras cuestiones mucho más delicadas a la hora de establecer la existencia de responsabilidad (por ej., en el caso de la responsabilidad de los jueces por error judicial), llevó a la formulación de toda una doctrina sobre la materia.

Desde siempre han existido dos posiciones antagónicas en lo medular: aquellos que sostienen que la de responsabilidad estatal por daños debe regirse, de manera privativa y excluyente, por las normas y reglas propias del derecho administrativo; y otros que, invocando la unidad del fenómeno resarcitorio y —muy especialmente— el principio de reparación plena del daño y su raigambre constitucional, entendían que todo debía regularse por las normas del derecho común, bajo un mismo tronco, sin perjuicio de algunas situaciones específicas y soluciones especiales derivadas de la particular situación jurídica de los legitimados pasivos.

Hasta la presentación del Proyecto del Cód. Civil y Comercial, el criterio imperante (no exento de cuestionamientos) fue el segundo, inclusive en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en particular a partir del caso "Vadell".

### *b) El Anteproyecto*

En la línea recién indicada se inscriben las normas que originariamente habían sido proyectadas para el tratamiento de la cuestión. Compendiándose los criterios mayormente aceptados, que claramente marcaban algunas diferencias de importancias con las soluciones generales, se había propuesto la regulación de la responsabilidad del Estado y los funcionarios y empleados públicos en los siguientes términos:

Art. 1764: *"Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que*

*sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño"*; art. 1765: *"Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes"*; art. 1766: *"Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro"*.

### *c) El proyecto y las normas finalmente sancionadas*

El Poder Ejecutivo Nacional eliminó dichas normas del Anteproyecto, y las sustituyó por las siguientes:

Art. 1764: *"Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"*; art. 1765: *"Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda;* art. 1766: *"Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda"*.

Como puede observarse, de manera indubitada se acogió la posición que desplaza del derecho común las diversas responsabilidades públicas por daños. Estas normas son las que finalmente quedaron incorporadas al CCyC. Por último, el 2 de julio de 2014 se sancionó la ley 26.944 de "Responsabilidad Estatal" (que quedó promulgada de hecho el día 7 de agosto de 2014) incluso antes de la sanción del CCyC.

## § 244. El nuevo sistema. Sus principales lineamientos

Las normas ahora vigentes han perfilado un nuevo "sistema" el que, sin perjuicio de su pertinencia o no desde lo sustancial (lo que ha sido motivo de acaloradas polémicas), tiene las siguientes notas distintivas generales.

*a) Se traslada toda la cuestión al derecho administrativo*

Sea que hayan causado daños el Estado, o los funcionarios, o los empleados públicos, la determinación de la responsabilidad y el consiguiente nacimiento de la obligación resarcitoria a favor de la víctima, se rige ahora por las normas del derecho administrativo.

*b) Las normas pueden ser "nacionales" o "locales"*

La estructura de nuestro sistema federal, establecida en la Constitución Nacional, trae aparejada que la actividad del Estado Nacional se rija por sus propias normas, y las de las provincias por las que le son privativas, en intrincada interacción e interrelación. En lo que ahora interesa, se prevé la regulación "nacional" (es la que se dispone en la ley 26.944), y cada provincia deberá dictar su propia normativa referida a esta materia. Pero, además, y dependiendo de la organización de cada provincia, eventualmente los *municipios* podrían dictar sus propias normas de responsabilidad estatal.

*c) La inaplicabilidad de las normas del Cód. Civil y Comercial. Dificultades*

De manera terminante y aparentemente absoluta, se dispone que *todas* las normas sobre responsabilidad civil del CCyC *no* son aplicables a la responsabilidad del Estado, ni de manera directa, ni de manera subsidiaria. Ello se repite en el art. 1° de la ley 26.944. La primera pregunta que surge es si sólo se trata de dichas normas (es lo que se dispone en el art. 1764 del CCyC), y no de las restantes del CCyC (por ej., las generales relativas a las relaciones de obligación). Pero, además, existe otra cuestión más seria: si, de manera literal, se aplicara lo establecido en dicho artículo, ni por analogía cabría aplicar las normas cuya vigencia se veda; y, en tal caso, el concepto de daño resarcible, de antijuridicidad, las reglas relativas a los factores de atribución, los alcances de las normas sobre relación causal, sus eximentes, y las diversas reglas sustanciales y procesales que integran la "Parte General" de la responsabilidad civil, *tampoco* deberían regir. Ahora bien: *no* se define, al menos en la ley 26.944, que es el *caso fortuito, o el hecho de la víctima, o el lucro cesante, o qué es la actividad "lícita"*. En este marco, ¿cabe prescindir de dichos conceptos y lineamientos generales? ¿A qué normas y principios debe acudirse, si no existe una regulación específica al respecto? Es por demás evidente que el exceso de celo por quitar toda aplicación a las normas

del CCyC, debe ser interpretado de manera razonable y en su justa medida: en tanto y en cuanto no exista una disposición especial en las reglas de derecho administrativo, *por defecto* habrán de aplicarse —incluso— las normas del Capítulo 1 del Título V, referido a la responsabilidad civil. Lo contrario, constituiría un sinsentido.

### *d) ¿Qué sucede si no existe una norma de derecho administrativo local referida a la cuestión?*

Somos de la opinión que, en tal caso, y pese a lo establecido en los arts. 1764 a 1766 del CCyC, *las reglas y principios generales emergentes del CCyC serán las que rijan una situación dañosa.* Es que, claramente, al *no haber ley,* mal podría aplicarse por analogía una ley administrativa que tiene un ámbito de aplicación diferente. Ante ello, es claro que existe una *ausencia de normas*, que no puede volverse en contra de la víctima del daño, ya que ello afectaría su derecho a la reparación, de raigambre constitucional, entrándose al terreno de la denegación de justicia (también lo opina LÓPEZ HERRERA). Así, pues, la única solución razonable es postular que, en tanto y en cuanto no exista una norma de derecho administrativo de aplicación local (sea porque se ha dictado, o porque se ha adherido a la ley nacional, como en ella misma se prevé), las reglas generales del CCyC (y las jurisprudenciales elaboradas especialmente por la Corte) serán las que deban regir la determinación de la existencia de responsabilidad y la obligación resarcitoria que surja en consecuencia.

## § 245. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima en la ley 26.944

### *a) Responsabilidad directa*

Surge del art. 1° de la ley, lo cual se adecua a la naturaleza de la situación.

### *b) Es por acción u omisión. Limitaciones en la omisión*

Se señala en el art. 1° que *"esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas"*. De todas maneras, los supuestos se encuentran limitados a lo que la propia ley establece, en particular en lo atinente a la *omisión: sólo hay responsabilidad si no se observa*

*"un deber normativo de actuación expreso y determinado"* (art. 3° inc. d]). Es clara la diferencia con la responsabilidad por omisión en el CCyC (§ 35 y 57).

### *c) Factor de atribución. La responsabilidad es objetiva*

El Estado responde de manera objetiva, siendo el factor de atribución la *falta de servicio*, en la responsabilidad por actividad ilegítima: se trata del caso en que un servicio no funciona, o cuando funciona mal o tardíamente, esto es, una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular (PIZARRO). En el art. 3° inc. d) de la ley se dispone que *"d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado"*.

Entre otros casos, señala el citado autor: inadecuado funcionamiento del servicio de justicia; irregularidades en los registros de la propiedad; deficiente ejercicio del poder de policía edilicio; poder de policía de seguridad; irregular prestación del servicio penitenciario carcelario, del servicio de salud; la falta de control de establecimientos sanitarios privados; defectuoso funcionamiento de sus diversas reparticiones; fallas en el ejercicio de la policía sanitaria; inadecuada prestación del servicio de educación; etc.

Por otra parte, el *riesgo y la garantía también son factores de atribución de la responsabilidad*, en especial cuando le es aplicable al Estado la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, o por el hecho de las cosas de su propiedad (PIZARRO).

### *d) Nexo causal. Eximentes*

De manera expresa se adopta la *teoría de la causalidad adecuada*. En el art. 3° inc. c) se dispone que es requisito de la responsabilidad la *"relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue"*. Por ello, en nuestra opinión, es sobreabundante el requisito establecido en el inciso anterior: la *"imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal"*.

En el art. 2°, se dispone que las eximentes son el hecho de la víctima, el hecho del tercero por quien el Estado no debe responder y el caso fortuito y fuerza mayor "*salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial"*. Es por demás evidente que el concepto y alcance de cada uno, surge de las normas del CCyC.

*e) Daños resarcibles*

No se establece expresamente, para el caso de actividad *ilegítima*, cuáles son en concreto los daños resarcibles. Sólo se dispone que es requisito *"daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero"* (art. 3° inc. a] CCyC). Este vacío, atento la adopción de las reglas de la causalidad adecuada del inciso siguiente, nos lleva a concluir que serán resarcibles *todos* los daños patrimoniales (daño emergente, lucro cesante y pérdida de chances) y morales que sean consecuencia inmediata y mediata del hecho dañoso, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1726 del CCyC.

*f) Inaplicabilidad de los daños punitivos*

En el último párrafo del art. 1° se dispone que *"la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios"*. La referencia era al art. 1714 del Proyecto, que luego fue eliminado (§ 117). Por ende, debe entenderse referido a los daños punitivos del art. 52 bis de la ley 24.240.

*g) Exclusión de responsabilidad*

Se dispone en el art. 6° que *"el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada"*.

*h) Prescripción de la acción resarcitoria*

Se dispone en el art. 7° que *"el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita"*.

*i) Acciones colectivas*

Entendemos que son procedentes, también respecto de la responsabilidad del Estado, como lo analizamos en el capítulo siguiente (§ 267).

## § 246. La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita en la ley 26.944

### *a) Excepcionalidad*

Se dispone en el art. 5° que es de carácter excepcional, y por ende, sólo responde en las condiciones establecidas en la ley, cuando se trata de actos lícitos dañosos.

### *b) Factor de atribución*

Es también objetivo: el *sacrificio especial*, caracterizado en el art. 4° inc. e) como *"sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido"*. Se trata de la causación de un daño a un particular, en tanto ese menoscabo sea experimentado por éste de manera injusta y desigual, imponiéndole de tal modo un sacrificio especial que no está obligado a soportar y que la equidad no tolera, siendo un sacrificio *calificado*, que lo coloca en una situación de grave desigualdad; además, debe haber sido hecho en beneficio de toda la comunidad (PIZARRO), como por ej., la ejecución de obras públicas legítimas, ocupación temporaria de ciertos bienes, revocación legítima de ciertos actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, etc., como indica el citado autor.

Pero, además, debe existir *ausencia de deber jurídico de soportar el daño,* como se establece en el art. 4.

### *c) Causalidad*

Pese a lo oscuro de la redacción del art. 4°, es evidente que a nivel de *autoría* también rige la teoría de la causalidad adecuada. Lo propio sucede con las eximentes.

### *d) Daños resarcibles*

Se ha limitado notablemente el elenco de daños resarcibles. Las normas pertinentes disponen: en el art. 4°, *"a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;... c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño"*. En el art. 5°, *"En ningún caso procede*

*la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas".*

De la conjunción de estas normas, es claro que el único daño resarcible es el daño *emergente* que sea *consecuencia inmediata* del acto legítimo dañoso (sea el valor objetivo del bien, u otros daños emergentes). Quedan excluidos, de manera expresa el *lucro cesante, la pérdida de chances, y el daño moral.* Este último, pues se hace referencia a *valores afectivos*, que son los valores de afección por el daño a los bienes. Es por demás evidente que el *daño lesión*, en este caso es impredicable respecto de la integridad psicofísica de las personas.

*e) Exclusión de responsabilidad*

De manera expresa se dispone que *los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización* (art. 5°), razón por la cual, por ej., en el caso de prisión preventiva en donde se determine la inexistencia de error judicial, no existe derecho a la indemnización de los daños causados.

*f) Prescripción*

También rige aquí el art. 7°, antes citado.

## § 247. La responsabilidad contractual del Estado en la ley 26.944

En el art. 10 se dispone que *"la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador".* Por ende, aquí rige una *clara* diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual, rigiéndose la primera por las normas particulares que dispongan sobre la situación en concreto. El *empleo público*, se rige también por sus normas privativas.

## § 248. La responsabilidad de los funcionarios y los empleados públicos en la ley 26.944

En el art. 9° de la ley se dispone sobre esta cuestión.

### *a) Legitimados pasivos*

Se trata de aquellos que ejercen una *función pública*, sea *de facto* o *de iure*, sea que preste servicios de manera onerosa o gratuita, de manera permanente, temporaria o accidental, siendo esencial que su actividad encuadre en la función pública (SÁENZ, CIFUENTES/SAGARNA).

### *b) Sólo es por actos irregulares*

No existe responsabilidad personal alguna por actos lícitos, aun cuando éstos sean dañosos.

### *c) Factor de atribución*

Es *subjetivo* (por culpa o dolo), razón por la cual cabe descartar la aplicación de cualquier factor objetivo de atribución. La culpa no se presume, razón por la cual deberá ser acreditada por la víctima.

### *d) Causalidad y eximentes*

Nada se dispone en particular, razón por la cual rigen las reglas generales de la causalidad adecuada a nivel de autoría y también en materia de eximentes.

### *e) Daños resarcibles*

Tampoco nada se dispone al respecto, y siendo que la responsabilidad del Estado es *plena*, cuando se trata de actividad ilegítima, lo mismo cabe predicar respecto a los funcionarios y empleados públicos.

### *f) Daños punitivos*

En el art. 1°, además del Estado, se exime también de la sanción pecuniaria disuasiva a sus agentes y funcionarios.

*g) Acción de repetición*

El Estado tiene derecho a repetir de sus funcionarios responsables lo que eventualmente pague en concepto de indemnización de daños. Pero en la norma se dispone que *"la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización"*, lo que constituye un error, ya que la *acción de repetición* sólo nace *luego del pago que se efectúa, y no antes*. En nuestra opinión, así debe ser entendida la norma.

## IV. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE LA LESIÓN A LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

### § 249. Los derechos personalísimos en el Cód. Civil y Comercial

Entre los arts. 51 a 61 del CCyC existe una completa regulación normativa de los *derechos personalísimos*, que son las "prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad" (RIVERA).

El epicentro de la cuestión se encuentra en el art. 51 del CCyC: *"la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad"*.

La *dignidad de la persona humana* es el valor supremo a tutelar: "esta especial dimensión —resultante de su naturaleza humana y en razón de su dignidad— determina que la persona, antes que 'tener' y además con un rango más primario, necesite ser protegida en la realidad de su 'ser'; el orden jurídico asume esta realidad y la tutela. En esta particular dirección se ubican los llamados derechos personalísimos o de la personalidad: ellos reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales", constituyendo *derechos subjetivos* (TOBÍAS). Tienen raigambre constitucional en razón de la incorporación de los tratados de derechos humanos por el art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional.

Se manifiestan en concretos derechos individuales, que tutelan —cada uno— intereses jurídicos de diferente naturaleza, pero *todos* entroncados en la *dignidad*, y que no se agotan en un catálogo taxativo, ya que la dignidad se protege ante las lesiones que "de cualquier modo" la afecten (art. 52 CCyC).

Los más relevantes son el derecho a la vida; a la integridad psicofísica; a la libertad; a la intimidad *personal* o *familiar;* a la honra o reputación (honor); a la identidad personal; y a la imagen. Su regulación no se encuentra sólo en los artículos citados, que constituyen una suerte de epicentro o "parte general" de la materia —conjuntamente con las normas constitucionales—, y que constituyen una trascendente novedad normativa. Además, *"el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable"* (art. 55 CCyC).

En el Cód. Civil, en su texto originario, VÉLGZEZ los había tenido en cuenta, pero prescindió de regularlos. En la nota al art. 2312 del Cód. Civil —en la regulación de las cosas y bienes— señala: "hay derechos, y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando...". Su regulación y protección era materia propia del derecho público. Ciertas ofensas al honor y las causadas a la integridad psicofísica de la persona, se encontraban contempladas en las normas penales. Los cambios sociales provocaron la insuficiencia de esta protección, y por ley 21.173 se incorporó el art. 1071 bis en el Cód. Civil, disponiéndose la expresa tutela resarcitoria del derecho a la intimidad. A partir de allí comenzó un notable desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los derechos personalísimos, tanto en su tutela preventiva como en la resarcitoria. Se evidenciaron delicados conflictos de intereses jurídicos, en especial ante el derecho a la información de los medios de comunicación masivos. La constitucionalización de los derechos personalísimos en la reforma de 1994 dio un nuevo impulso a la cuestión. El ciclo evolutivo se cierra con la nueva normativa del CCyC.

## § 250. La función preventiva y la resarcitoria

### *a) La norma general*

En el art. 52 del CCyC se dispone: *"Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar,*

*honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1".*

Se trata de una norma de amplio espectro, central, y que alcanza a todos los derechos personalísimos, cualesquiera sean, y sea cual sea el menoscabo que se le produzca siempre y cuando, claro está, se verifiquen los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, sea en la faz preventiva, o en la resarcitoria.

### *b) Disposiciones especiales*

También existen normas particulares, que disponen soluciones específicas, privativas de ciertas situaciones, entre otras: en el derecho a la imagen (art. 53 CCyC); en los actos de disposición del propio cuerpo y las cuestiones atinentes a la salud de las personas y la investigación en seres humanos (arts. 56 y ss. CCyC); en la protección de la intimidad (art. 1770 CCyC); y en la protección del honor, ante la acusación calumniosa (art. 1771 CCyC).

### *c) La antijuridicidad*

En ambos casos, especialmente en lo atinente a los medios masivos de comunicación, entra a tallar la *antijuridicidad* de la conducta. En algunas situaciones, pese a la existencia de un *daño* a los derechos personalísimos, la conducta estará *justificada*, sea por el consentimiento de la víctima, el estado de necesidad, o el ejercicio regular de un derecho (§ 36 y ss.).

### *d) El factor de atribución*

En el ámbito de la función resarcitoria, y sin perjuicio de las reglas generales, en ciertos ámbitos el factor de atribución adquiere propia fisonomía. Así, por ej., la doctrina de la *real malicia* en el ámbito de la responsabilidad de los medios de comunicación ha sido acogida por la jurisprudencia de la Corte; o en el caso de acusación calumniosa se responde por dolo o culpa grave (art. 1771 CCyC).

### e) *Los daños resarcibles y su reparación*

Rigen aquí las normas generales, sin limitación alguna, en tanto y en cuanto se acrediten debidamente las condiciones de procedencia de cada rubro resarcitorio. Es importante señalar, empero, que en el art. 1740 del CCyC, se dispone que *"en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable"*. Por ende, la cuestión no se limita exclusivamente al derecho a la intimidad.

## § 251. Daños a la vida privada o intimidad

En el art. 1770 del CCyC se dispone: *"Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación"*.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

La intimidad es "el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado, lo que no se desea dar a conocer ni dejarse ver ni sentir... el derecho de la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas" (RIVERA).

La intimidad protegida no es sólo la personal, sino también la *familiar*, atento lo dispuesto en el art. 52 del CCyC. Por tales razones, la lesión, de manera directa, puede afectar a *otra* persona (incluso fallecida), pero si se proyecta al círculo familiar, sus integrantes también se encuentran legitimados para accionar por el daño propio.

El requisito esencial es entrometerse en la vida ajena *arbitrariamente*, lo cual significa sin derecho alguno. En efecto, el ejercicio *regular* de un derecho habilita la intromisión en la intimidad ajena (por ej., en el caso de un abusador sexual; o si el juez manda a practicar

una pericia psicológica en los padres que discuten el régimen comunicacional con sus hijos; etc.). Juega un rol esencial aquí el *consentimiento* del titular del derecho (en particular respecto de los personajes públicos, algunos propensos a exhibir su intimidad). La determinación de la *antijuridicidad de la conducta es de capital importancia.*

En el artículo, se enuncian algunas maneras de afectar la intimidad, pero se aclara que puede ser "de cualquier modo", lo que permite al juzgador un amplio margen de actuación para determinar si el supuesto de hecho ha acontecido. En la actualidad, el uso de la internet y de las redes sociales (en especial).

Como ya se ha analizado, en general, está prevista la posibilidad de solicitar medidas preventivas y de cesación de la lesión, como así también el derecho de solicitar la reparación de todos los daños resarcibles ocasionados.

## § 252. Acusación calumniosa. Injurias

En el art. 1771 del CCyC se dispone: *"Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querella si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado".*

Se trata de la falsa imputación de un delito a una persona, mediante la acusación ante la justicia penal, y "comparte el rasgo común con la calumnia en que existe una falsa imputación de un delito. La diferencia, que es lo que hace más dañina a la acusación calumniosa, es que pone en marcha el aparato represivo. En definitiva, el calumniado es dueño de seguir adelante con su vida e ignorar la difamación. El falsamente denunciado no tiene otra opción que comparecer ante un tribunal y defenderse" (LÓPEZ HERRERA).

El factor de atribución es *agravado: dolo o culpa grave.* La culpa grave, en nuestra opinión, se manifiesta —entre otros casos— en el supuesto que se indica en la norma: si se prueba que el denunciante no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado. Por ende, si sólo hay culpa no existe responsabilidad, aun cuando la acusación sea falsa. La solución de la ley privilegia el interés general por conocer y castigar la comisión de delitos.

Asimismo, no habrá responsabilidad si se *"prueba de la verdad del hecho reputado calumnioso"* (art. 1179 inc. a] CCyC).

Por último, en el caso de la injuria, la situación no se encuentra expresamente contemplada bajo un régimen especial. Entendemos que en principio la *exceptio veritatis* no exime de responsabilidad, salvo los casos del art. 111 del Cód. Penal (§ 271.e).

## § 253. Libertad de expresión y responsabilidad de los medios masivos de comunicación

### *a) La problemática*

La libertad de expresión, pilar de los sistemas democráticos liberales, ha sido uno de los instrumentos que empoderó a la persona, como *individuo*, frente al Estado. Se canaliza, esencialmente, a través de los medios de comunicación social, cuestión que ha sido objeto de una notable evolución. Todas las constituciones occidentales, y los tratados internacionales, la protegen mediante diversos instrumentos. En el siglo pasado, se produjo una profunda transformación de los medios de comunicación social, en general, y de la prensa en particular —por el advenimiento de la prensa comercial—, y el conflicto entre el derecho a la información (informar y ser informado) entró en seria crisis con la afectación a los derechos personalísimos (PIZARRO). En estos tiempos, la problemática se ha potenciado de manera impensada pocos años antes, en razón de la Internet.

El conflicto esencial se produce entre la libertad de prensa (arts. 14 y 32 de la Const. Nac.), y la dignidad de la persona humana (ahora reconocida en el CCyC en el art. 51); se trata de un conflicto de derechos constitucionales, de difícil resolución, en el que existen posicionamientos filosóficos, políticos y sociológicos, además de otros intereses, en muchos casos inconciliables. Los diversos cuerpos normativos regulan los aspectos centrales, y algunas cuestiones particulares —al menos en nuestro medio— han sido delineadas por la Corte Suprema.

En términos generales, puede afirmarse que existe una tutela prevalente del derecho a la información, aunque —claro está— con importantes limitaciones.

Pero el medio de comunicación social es, precisamente, un *vehículo* de transmisión de la información y las opiniones, razón por la

cual su eventual responsabilidad debe ser deslindada, si es que existe, de la del *sujeto emisor,* que puede haberse valido o no de un medio masivo de comunicación para afectar los derechos personalísimos de un tercero. En este último caso, esto es, cuando no se trata de medios masivos de comunicación o de los periodistas, se observa una mayor protección a los derechos personalísimos.

La cuestión transita, esencialmente, por los carriles de la *antijuridicidad.*

### *b) Medios de comunicación y prevención de los daños. La censura previa*

La cuestión de la *prevención* de los daños en la actividad de los medios de comunicación es objeto de una profunda polémica. El conflicto entre el derecho a informar y las medidas de prevención (ahora contempladas en los arts. 1710 y ss. del CCyC) mediante la *censura previa,* materializada mediante órdenes judiciales prohibitivas de ciertas publicaciones o su circulación (cuando afectan los derechos personalísimos), involucra derechos del más alto valor. Las posturas pueden resumirse en lo siguiente (PIZARRO): una doctrina que niega toda posibilidad de aplicar la censura previa a todos los poderes del Estado (privilegiando los derechos emergentes de los arts. 14 y 32 de la Const. Nacional, y también lo establecido en el art. 13 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores; la doctrina que rechaza la censura previa, con excepción del único supuesto contemplado en la Convención, en su art. 13 inc. 4° (pueden dictarse leyes de censura previa para espectáculos públicos en protección de la moral de la infancia y la adolescencia). Finalmente, están quienes postulan que excepcionalmente la censura previa es factible en algunos otros supuestos, aunque siempre con carácter limitativo, "en supuestos de excepción, y con el propósito de evitar o de hacer cesar un atentado manifiesto, grave y arbitrario contra la intimidad, el honor o la imagen de una persona", pudiendo los jueces ordenar, incluso preventivamente, "la prohibición temporaria o definitiva de una publicación, o de parte de la misma, o impedir o restringir su circulación", como en el caso de noticias o informaciones que sean manifiestamente inexactas o agraviantes; que impliquen apología del odio nacional racial o religioso, constituyendo un peligro claro y actual de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (art. 14 de la Convención); por cues-

tiones de seguridad nacional, salud o moralidad pública; en tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (PIZARRO).

### *c) La responsabilidad por daños de los medios masivos de comunicación. Nociones elementales*

Por cuestiones de espacio, es imposible desarrollar tan importante problemática en todas sus aristas. Nos limitamos, siguiendo las enseñanzas de PIZARRO, a enunciar los aspectos más salientes.

*(i) Puede tratarse de información sobre hechos, o de la manifestación de ideas y opiniones.* Se trata de dos supuestos diferentes: el *hecho* es algo objetivamente constatable (por ej., informar que una persona cometió un robo); las ideas y opiniones son siempre una manifestación *subjetiva* de quien las pronuncia, y no es pasible de un juicio de verdad o falsedad.

*(ii) Expresión de ideas y opiniones.* El factor de atribución es, evidentemente, subjetivo (dolo o culpa), ya que aquí no se trata de la exactitud y veracidad de un hecho, sino que el agracio "requiere *siempre* de un componente subjetivo mínimo, que le dé entidad y sentido al mismo, desprovisto del cual aquél puede inclusive no configurarse", lo que no impide que pueda ser inferido se los propios términos de las expresiones vertidas y su contenido (PIZARRO).

*(iii) Informaciones inexactas o agraviantes que lesionan la intimidad.* Este derecho puede ser lesionado por informaciones verdaderas o falsas y, como invariablemente se señala, el *leading case* de la Corte Suprema es el caso "Ponzetti de Balbín" de 1984, en donde se aplicó el art. 1071 del Cód. Civil (hoy art. 1770 del CCyC).

Se discute acaloradamente si ciertos funcionarios públicos tienen más restringido su derecho a la intimidad, en razón del interés general que reposa sobre ciertas situaciones (por ej., su salud, en tanto y en cuanto incida en la actividad). En el año 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" (en el conocido caso de la difusión de la existencia de un hijo extramatrimonial del ex presidente Menem, cuando estaba en ejercicio de su función), que el Estado Argentino violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 13 de la Convención y se dejó sin efecto la condena económica fijada a favor del nombrado.

*(iv) Informaciones inexactas o agraviantes que lesionan el honor.* El *leading case* de la Corte Suprema fue el caso "Campillay" (de 1986), en el que se resolvió que la información sobre asuntos de rele-

vancia pública, cuyo contenido sea fiel y verazmente atribuido a una fuente, no compromete la responsabilidad del medio de comunicación, siendo un mero transmisor de la información, no existiendo, por ende antijuridicidad (PIZARRO). Señala dicho jurista que los requisitos para eximir de responsabilidad al medio, pues, son: una fuente individualizada que emita la información; un medio informador que reproduce la información emitida por la fuente; adecuación objetiva, exacta y completa entre lo expresado por la fuente y lo informado; interés público relevante en la información; ausencia de dolo por parte del informador. Además, tampoco se responde si se mantiene en reserva la identidad de los implicados en el hecho.

*(v) El factor de atribución.* Las discusiones también se plantean en esta cuestión, entre quienes sostienen la existencia de un factor subjetivo (ALTERINI, BUSTAMANTE ALSINA) y otros —los menos— que el factor de atribución debe ser objetivo, al tratarse de una actividad riesgosa (PIZARRO, CIFUENTES, MOSSET ITURRASPE). También algunos postulan la coexistencia de ambos, siendo los objetivos de carácter excepcional (RIVERA).

La Corte Suprema transita por los carriles de la responsabilidad subjetiva y se ha consolidado la denominada *doctrina de la real malicia* según la cual los funcionarios públicos y las figuras o personajes públicos, que ven afectado su honor por noticias inexactas o agraviantes, deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias (entre otros, el caso "Patitó" del año 2008). Pero no así en el caso de los particulares, donde basta con acreditar una negligencia simple (PIZARRO).

## V. RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA

### § 254. Responsabilidad anónima

Los arts. 1760 y 1761 del CCyC contemplan la misma situación jurídica, siendo la norma general ésta última, y un caso de aplicación particular la primera.

#### *a) La responsabilidad en general*

En el art. 1761 del CCyC se dispone: "*Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado*

*responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción".*

La norma supone la causación de un daño producida por un sujeto que no ha sido identificado, pero que integra un grupo de personas que sí lo están. Si se determinara con precisión quién o quiénes causaron el daño, la responsabilidad deja de regirse por esta norma, y se emplaza en el ámbito de la responsabilidad directa, sea individual o por coautoría.

La clave, pues, es la *indeterminación del autor material del suceso, su anonimato, lo que trae aparejada una presunción legal de causalidad respecto de todos los integrantes del grupo* (§ 63.c), que sólo puede ser enervada por quien acredite o bien no haber formado parte del conjunto, o bien no haber contribuido a la producción del daño (por ej., si se produce una reyerta entre dos grupos, y una persona resulta lesionada con un cuchillo, si a ese grupo lo integraba un parapléjico, es evidente que no podrá ser responsabilizado en el hecho).

El "grupo", que supone una pluralidad de personas, puede haberse conformado de manera premeditada o espontánea, y ser de hecho o de derecho: lo importante es que el grupo exista objetivamente (PICASSO/SÁENZ).

Si bien no se indica, es por demás evidente que el factor de atribución es *objetivo*, por tratarse de una actividad riesgosa.

La responsabilidad es solidaria, y aplicable tanto al ámbito contractual o extracontractual (por ej., el caso del equipo médico, cuando no puede determinarse cuál de los profesionales causó el daño).

### *b) La responsabilidad por cosas suspendidas o arrojadas*

Se dispone en el art. 1760 del CCyC que *"si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción".*

La situación es similar al caso anterior, pero aquí se presenta, o bien el *hecho de las cosas*, o bien el hecho propio (cuando se arroja una cosa de un edificio).

Existe aquí también la *presunción de causalidad* a la que hemos hecho referencia, pero limitada a quienes revistan la calidad de *dueños* u *ocupantes* de "la parte" de donde cayó la cosa, o fue arrojada (así, por ej., en un edificio de departamentos, si la cosa cayó a la vereda, responderán sólo los frentistas, y no aquellos que ocupan o son dueños de unidades que no están ubicadas en ese lugar). No se trata sólo de la vía pública, sino de cualquier lugar a donde caiga la cosa, o ésta sea arrojada (patios internos, inmuebles linderos, etc.).

La locución amplia de ocupante, permite entender comprendidos en dicho universo a cualquier persona que tenga una relación de hecho (por ej., el usurpador) o de derecho con la cosa (usufructuario, usuario, comodatario, locatario, etc.).

La eximente es también similar, pero debe ser confrontada con el caso concreto: si se trata de la caída, por ej., de un balcón, es claro que es posible la identificación del responsable, además del consorcio (como dueño); si se trata de una cosa arrojada, podrá alguno de los legitimados pasivos eximirse de responsabilidad si demuestra fehacientemente que el inmueble se encontraba desocupado en el momento del suceso; si una cosa cae (por ej., una maceta), podrá acreditarse —por ej.— que la única ventana del inmueble se encontraba totalmente sellada, siendo imposible su apertura al exterior.

El factor de atribución es claramente objetivo (el riesgo creado), y la responsabilidad es solidaria. Naturalmente, si se determina con precisión quién o quiénes son los autores materiales del hecho, se aplicarán las reglas relativas a la responsabilidad directa, o a la responsabilidad por el hecho de las cosas, según el caso.

Con relación al *dueño no ocupante* (por ej., porque alquiló el inmueble), entendemos que en el caso de las cosas *arrojadas o caídas* (que no integren materialmente el edificio), podría caber la eximente de no haber participado en la producción del daño, pero sólo en situaciones excepcionales. Es que su entrega a otra persona no lo exime de tener que vigilar la propia cosa, y eventualmente adoptar las medidas de prevención de los daños que sean necesarias (art. 1710 CCyC), como podría ser, por ej., la colocación de un asador en un balcón, cuyo techo pueda eventualmente desprenderse ante un fuerte viento, o la existencia permanente de elementos peligrosos. Será una cuestión de hecho a determinar, en el caso concreto, y bajo un criterio harto restrictivo.

## § 255. Responsabilidad colectiva

En el art. 1762 del CCyC se dispone: *"Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo".*

Como lo indica la Comisión redactora del Anteproyecto, "si se trata de un grupo de riesgo, la situación es distinta: si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestre que no integraba el grupo. En este caso es ineficaz probar la autoría porque no interesa el anonimato, lo relevante es probar que no se ha integrado el grupo".

En efecto, *el grupo* —esto es, todos sus integrantes— como tal, constituye un *factor de riesgo en razón de la actividad que despliega, y con prescindencia de que el daño haya sido causado individualmente e —incluso— se haya identificado al autor.* Se trata de una *actividad riesgosa* (art. 1757 CCyC), particularizada en este caso por la acción conjunta de varias personas. Es un supuesto "de particular gravedad, en donde el riesgo creado que justifica la imputación de responsabilidad asume carácter extraordinario y está referido *al grupo en sí propio considerado y no al anonimato en la causación del daño"* (PIZARRO), como podría ser una patota, grupos de agentes contaminantes, personas que participan en una "picada" de autos, etc., grafica el citado autor, quien concluye con claridad: se trata de *autoría del riesgo,* por el solo hecho de pertenecer al grupo, que se confunde en buena medida con la autoría del daño.

La eximente es sumamente limitada: debe demostrarse que no se integraba el grupo, y todos sus componentes responden solidariamente. En nuestra opinión, dicha responsabilidad es *concurrente* con la del autor del daño que se haya identificado.

### BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ALFERILLO, Pascual E., "Responsabilidad de los miembros de un grupo", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, ps. 239 y ss.

BOQUIN, Gabriela F., "La acciones de responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia y la normativa del Código Civil y Comercial", RCCyC del 17/8/2015, p. 185.

CATALANO, Mariana, "Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reformas al Código Civil", RCyS 2014-XII-5.

CHIAPPERO, Silvana M., "Dignidad personal, derechos personalísimos, y responsabilidad derivada del entrometimiento en la vida personal y familiar", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.*

CORREA, José Luis, "Reforma del Código Civil y Comercial y Ley de Responsabilidad de Estado. Asunción iuspublicista de la reparación de daños causados por el estado. Consecuencia procesal en Mendoza: necesidad de agotar la vía administrativa para demandar extracontractualmente o contractualmente al Estado", LL Gran Cuyo 2015 (marzo), p. 119.

CROVI, Luis D., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS2016-IV, tapa; cita online: AR/DOC/823/2016.

GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad de las personas jurídicas de existencia ideal en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-240.

JALIL, Julián E. - SOSA, Guillermina L., "Responsabilidad por acusación calumniosa. El quid de los delitos civiles de calumnias e injurias (las reformas llevadas a cabo en materia penal)", RCyS 2015-IV-268.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en argentina después de la reforma de 1997", LL 1999-B-1047.

LOIZAGA, Eduardo, *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

MELCHIORI, Franco, "La causalidad colectiva del daño. Estudio de los supuestos de causalidad disyunta y causalidad grupal", LL del 25/1/2016, p. 1; LL 2016-A-870; LL 26/1/2016, p. 1.

MOEREMANS, Daniel A., "La responsabilidad Civil de los Propietarios de Establecimientos Educativos (Su regulación en el Proyecto de Código Civil)", 14/6/2013, elDial DC1AA7.

MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Daños a los derechos personalísimos y control de convencionalidad. Una mirada al nuevo Código Civil y Comercial", LL Gran Cuyo 2015 (abril), p. 237; DFyP del 13/5/2015, p. 145.

NIEL PUIG, Luis, *Personas jurídicas privadas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

NOVELLINO, Norberto J., *Responsabilidad por daños de los establecimientos educativos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

PIROTA, Martín D., "La responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial y en la Ley sobre Responsabilidad del Estado", DJ del 29/10/2014, p. 95.

REYNA, Carlos A., "Daños causados por una pluralidad de personas", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 269 y ss.

SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-255.

SCHNEIDER, Lorena R., "Obstrucción sistemática de los administradores sociales en la toma de resoluciones dispuesta por el art. 161 del Código Civil y Comercial. Necesidad de extender el deber de lealtad a los socios", RCCyC del 16/12/2015, p. 212.

TANZI, Silvia Y. - CASAZZA, María Soledad, "Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial", LL del 29/1/2015, p. 1; LL 2015-A-745.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 18/12/1984, "Vadell, Jorge Fernando v. Provincia de Buenos Aires", LL 1985-B-3.

CSJN, "Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida SA", Fallos 306:1892.

CIDH, 29/11/2011, "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" (*http://www.corteidh.or.cr*).

CSJN, 15/5/1986, "Campillay, Julio César v. La Razón y otros", Fallos 308:789.

CSJN, 24/6/2008, "Patitó José Ángel v. Diario La Nación y otros", Fallos 331:1530.

CSJN, 27/11/2012, "E., R. G. v. Editorial La Capital SA s/indemnización, daños y perjuicios ", LL 2013-A-43.

# QUINTA PARTE

# LAS ACCIONES JUDICIALES

CAPÍTULO XIV

# ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

## I. INTRODUCCIÓN

### § 256. Los cambios en el proceso de responsabilidad civil

Como ya lo hemos señalado (v. *Obligaciones* § 647), una cosa es la acción en sentido sustancial (esto es, el poder de obrar y de exigir emanado del derecho subjetivo), y otra la acción procesal, en tanto facultad derecho que tienen los sujetos de acudir ante el órgano jurisdiccional para reclamar la satisfacción de una pretensión (COUTURE), lo cual es independiente de la efectiva existencia del derecho invocado: la pretensión puede ser admitida totalmente, de manera parcial, o incluso, rechazada.

Se entremezclan, pues, cuestiones *sustanciales* (todas las que hacen a la efectiva existencia y extensión del derecho), con cuestiones *procesales*. En ciertos casos el deslinde entre ambas es dificultoso, por la interinfluencia recíproca entre ellas.

En el CCyC *se ha producido un profundo cambio*. Se encuentran en él numerosas normas procesales en las más variadas instituciones, incluso en partes o capítulos específicos (como el proceso de familia, o el proceso sucesorio). La *efectividad* de los derechos reclama normas instrumentales que unifiquen las cuestiones más trascendentes, y ello es el fundamento de esta novedad, importantísima. La polémica ha sido inmediata, entre aquellos que cuestionan severamente esta nueva situación, en el entendimiento de que es inconstitucional por afectar la competencia legislativa de las provincias en materia procesal, y quienes, con matices, sostienen la pertinencia de dichas normas, aunque no en todos los casos. El *activismo judicial*

del que está impregnado el CCyC (por ej., en las facultades que se concede al juez para evitar los efectos del abuso del derecho —art. 10 CCyC—, o en la acción preventiva —art. 1713 CCyC—) tampoco está exento de polémicas.

Nosotros participamos decididamente de la opinión de aquellos que juzgan beneficiosos los cambios producidos. La experiencia ha demostrado que el exceso ritual manifiesto, la elevación del proceso a un fin en sí mismo, y las discordantes soluciones que existen en los diversos ordenamientos provinciales para situaciones idénticas, atentan severamente contra la efectividad de los derechos sustanciales, en un mundo cada vez más interconectado, en donde las distancias se han acotado notablemente. Por cierto que el debido proceso, garantía constitucional, no debe ser afectado; pero reclama una reformulación pues no es posible, a esta altura, valorar las cosas con criterios ya perimidos, que no permiten sino favorecer a aquellos que usan y abusan del proceso, de manera sumamente nociva.

## § 257. La cuestión en la responsabilidad civil

Estos nuevos postulados tienen su reflejo en el terreno de la responsabilidad civil, con algunas características especiales.

Por empezar, existen disposiciones sobre la *prueba* de los factores de atribución y de la relación causal y del daño (arts. 1734 a 1736 y 1744 del CCyC); normas sustanciales sobre legitimación activa y pasiva, según las diversas tipologías de la responsabilidad y los daños (por ej., arts. 1741 y 1772 CCyC); una disposición vinculada a las acciones en caso de responsabilidad indirecta (art. 1773 CCyC); las reglas que rigen la coexistencia de la acción civil y la penal (arts. 1774 a 1780 CCyC). Además, se disponen varias cuestiones sustanciales respecto a la acción preventiva (arts. 1711 a 1713 CCyC). Están también, en el terreno obligacional, las normas que disponen sobre la prueba del pago (arts. 894 a 899 CCyC). Se han eliminado del Anteproyecto (por el Poder Ejecutivo Nacional), las normas que regulaban las acciones colectivas (arts. 1745 a 1748 CCyC).

Cuando el proceso resarcitorio tiene como fuente una relación de consumo, rigen además sus normas específicas, muchas de las cuales contienen importantes soluciones procesales.

Debe aclararse que, si bien existen facultades del juez en orden a la distribución de la carga probatoria, la posibilidad de disponer de oficio medidas de prevención del daño, y de igual manera en orden a neutralizar conductas abusivas (cuestiones, ambas, de suma trascendencia), la actuación oficiosa del magistrado encuentra aquí importantes valladares, en razón de que en muchas cuestiones no está presente el orden público, o ha dejado de estarlo (por ej., si no se plantea la nulidad de una cláusula de limitación de la responsabilidad); pero —a su vez— ello no importa limitar el amplio margen de *discrecionalidad* que la ley le confiere en varios ámbitos, como por ej., en la valoración y cuantificación del daño moral.

### § 258. Aclaración metodológica

A lo largo de esta obra (en particular, en esta última parte y al tratar el cumplimiento y el incumplimiento obligacional) hemos analizado las diversas cuestiones procesales y sustanciales vinculadas, razón por la cual efectuaremos las remisiones pertinentes, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

## II. LA ACCIÓN PREVENTIVA

### § 259. Remisión

Regulada en los arts. 1711 a 1713 del CCyC, la hemos analizado en el capítulo 7 (§ 113 y ss.), a donde remitimos.

## III. LA ACCIÓN RESARCITORIA

### § 260. Legitimación activa

Se trata de la legitimación sustancial o *ad causam* (tanto activa como pasiva), en el sentido de que quien demanda o es demandado debe ser titular del derecho invocado, o la persona demandada —en nuestro caso— debe estar emplazada en calidad de deudor de la obligación resarcitoria. Puede suceder que quien demande no tenga dicha calidad, o lo propio respecto de quien es demandado. En tal caso, la demanda será rechazada.

*a) Damnificados directos e indirectos*

Como ya se ha analizado (§ 89.c), y sea la responsabilidad obligacional o extracontractual, damnificado directo es quien sufre un *daño propio* derivado de la lesión de un derecho o un interés jurídico o de hecho también propio (esto es, es víctima de la lesión; por ej., el lucro cesante derivado de las lesiones a la propia integridad psicofísica); el damnificado indirecto es quien sufre un *daño propio*, pero la lesión se produce en un derecho o en un interés ajeno (por ej., el daño moral padecido por la muerte del cónyuge).

*b) En los daños patrimoniales*

*(i) Damnificados directos. Daños a las personas.* En el art. 1739 del CCyC se indica que para la procedencia de la indemnización "debe existir un perjuicio directo o indirecto". Además, en el art. 1738 del CCyC se hace referencia a "la víctima", quien es evidentemente el legitimado para reclamar por el daño patrimonial derivado de la lesión a sus derechos personalísimos, la integridad psicofísica, sus afecciones legítimas y su proyecto de vida.

*(ii) Damnificados directos. Daños a las cosas.* En el art. 1772 del CCyC se dispone: *"Daños causados a cosas o bienes. Sujetos legitimados. La reparación del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por: a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien; b) el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien"*. La norma ajusta la solución de los arts. 1094 y 1095 del Cód. Civil, concediendo legitimación activa al *titular de un derecho real* (entendemos que también está incluido el acreedor hipotecario, como lo estaba en el art. 1095 del CCyC); y también *al tenedor y al poseedor de buena fe* (arts. 1908 y ss. CCyC). El poseedor de mala fe queda, pues, excluido. Necesariamente, la calidad invocada debe ser acreditada por el pretensor. El *daño resarcible* (consecuencia) podrá consistir en el daño emergente, el lucro cesante o la pérdida de chances que se deriven de la lesión a dichos bienes y —naturalmente— ha de ser *propio* de quien reclama su resarcimiento (por ej., su una persona es la usuaria de un automotor —aunque no su dueña— el daño emergente derivado de la privación de uso sólo podrá ser demandada por aquélla).

*(iii) Damnificados indirectos.* La locución amplia del art. 1739 del CCyC recién transcripta, permite emplazar a todo damnificado *indirecto* que sufra un daño patrimonial *propio*, en calidad de legiti-

mado para reclamar su resarcimiento. Por cierto que, el daño deberá guardar nexo de causalidad adecuada con el suceso dañoso, esto es, encontrarse dentro del abanico de las consecuencias resarcibles.

*c) En el daño moral*

En tal caso, se dispone expresamente respecto a la legitimación para accionar por el resarcimiento de este daño en el art. 1741 del CCyC, que ya hemos analizado (§ 108).

*d) Sucesores universales de los titulares de la acción resarcitoria. El caso del daño moral*

El fallecimiento del damnificado (antes o durante la tramitación del proceso resarcitorio) genera una situación particular, que ha sido objeto de importantes ajustes en las normas sucesorias: sus herederos son titulares del derecho (si es que éste es transmisible por sucesión), y el crédito integra la masa indivisa, que a su vez constituye un patrimonio de afectación separado del patrimonio general de cada sucesor (v. *Obligaciones* § 257.a y b).

Debe además recordarse que en el caso de daño moral, *"la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste"* (art. 1741 CCyC, § 109).

*e) Sucesores particulares por actos entre vivos*

*(i) Daño patrimonial.* En este ámbito no existen más límites que los establecidos para el contrato de cesión de créditos, para la transmisión por actos entre vivos (v. *Obligaciones* § 508 y ss.). Asimismo, si un tercero repara el daño, podrá subrogarse legal o convencionalmente, según el caso (v. *Obligaciones* § 514 y ss.).

*(ii) Daño moral.* Hemos analizado la cuestión en el § 109.b.

*f) Acreedores de la víctima*

En el caso de la *acción subrogatoria* (arts. 741 CCyC), hemos indicado que si bien no existe legitimación para *iniciar* la acción por daño moral, entendemos que sí la hay para continuarla, en tanto el crédito sea embargable (v. *Obligaciones* § 475).

*g) En las relaciones de consumo*

En el art. 52 de la ley 24.240 se dispone: "*Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley*". Por ende, la legitimación en el caso de acciones individuales sólo compete al consumidor, pero se amplía notablemente en el de las acciones colectivas contempladas en la misma ley.

## § 261. Legitimación pasiva

*a) Autor*

Establecida la autoría del daño (sea que se derive de la violación del deber de no dañar, o del incumplimiento obligacional) en cabeza de una persona, el *responsable directo* es el legitimado pasivo (art. 1749 CCyC).

*b) Coautores y cómplices*

Si varias personas participan en la producción de un daño que tiene una causa única, todas ellas son responsables solidariamente, razón por la cual revisten la calidad de legitimadas pasivas bajo las reglas de la solidaridad (arts. 1751 y 833 CCyC); en tanto que el encubridor sólo responde en cuanto su cooperación ha causado el daño (art. 1752 del CCyC). Remitimos al § 173 y 174.

*c) Responsables solidarios en general*

Si se está en presencia de obligaciones solidarias (por ej., en las relaciones de consumo, o porque las partes han pactado la solidaridad), todos los integrantes del polo obligacional pueden ser demandados simultánea o sucesivamente (art. 833 CCyC). Por ende, el litisconsorcio es *facultativo* (v. *Obligaciones* § 243.a, 259.a).

*d) Obligaciones concurrentes*

Se dispone en el art. 1773 del CCyC: *"Acción contra el responsable directo e indirecto. El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto"*. En rigor de verdad, en todos los casos de responsabilidades concurrentes (v. *Obligaciones* § 263) cada uno de los obligados concurrentes es legitimado pasivo, siempre en el límite de su propia obligación. Existe además un litisconsorcio pasivo voluntario, salvo que la ley disponga algo diferente (v. *Obligaciones* § 264.b).

*e) La acción contra el asegurador*

En el art. 118 de la ley 17.418 se dispone: *"...El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador"*. Existe una importante polémica respecto de la naturaleza de la acción, en el sentido de si ésta es o no *directa*. En nuestra opinión (v. *Obligaciones* § 344), se trata de una figura autónoma, con caracteres propios, desde que no se presentan, en puridad, las condiciones de ejercicio de la acción directa y, en rigor de verdad, se trata de un especial *obligado concurrente* frente a la víctima del daño.

*f) El beneficiario del delito*

Como bien se ha advertido (PIZARRO/VALLESPINOS), en el art. 32 del Cód. Penal se dispone: *"El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado"*. Se trata —en rigor de verdad— de una acción derivada del enriquecimiento sin causa, y no de una acción resarcitoria.

## § 262. El trámite procesal

No existen normas particulares en el CCyC al respecto, razón por la cual rigen las de cada ordenamiento procesal, según cuál sea el aplicable al caso en concreto. Debe recordarse, empero, que en materia de resarcimiento de daños al consumidor, se dispone en el art. 53 de la ley 24.240 que *"en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso*

*de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado".*

### § 263. Prueba de los presupuestos de la responsabilidad. Remisión

Como ya lo hemos analizado, se han consagrado normas en el CCyC que disponen sobre la prueba de los presupuestos de la responsabilidad, que hemos estudiado, y a donde remitimos: respecto del *cumplimiento y el incumplimiento obligacional* (v. *Obligaciones* § 318 a 324, 388.g); de la relación causal (§ 63); de los factores de atribución (§ 72.d, 73.j y k.) y del daño (§ 107 y capítulo 9).

### § 264. La sentencia. Remisión

Tal cual se indica en el art. 3° del CCyC —y que constituye una de las bases del debido proceso— *"el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada"*. El análisis y la valoración, tanto de la plataforma fáctica como de la existencia y extensión de los rubros resarcitorios, constituye una actividad sumamente importante y delicada, en donde la *sana crítica* juega un rol preponderante, en especial frente a las incertezas que puedan llegar a producirse respecto de ciertos montos no probados (pero de indudable existencia), los daños presumidos legalmente, aquellos que cabe presumir mediante el empleo de las *presunciones hominis*, y los daños futuros. Hemos analizado varias de estas cuestiones en el capítulo 9, en donde hemos estudiado la reparación del daño, a donde remitimos (§ 146 y ss.).

### § 265. Ejecución de la sentencia. Remisión

Hemos analizado la cuestión, en general, en *Obligaciones* § 339.

### § 266. Plazos de prescripción de la acción resarcitoria. Remisión

Si bien hemos analizado la prescripción liberatoria (v. *Obligaciones* capítulo 42 § 646 y ss.), recordamos aquí los diversos plazos de prescripción de las acciones resarcitorias.

El plazo general de la acción para el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil es de 3 años (art. 2561 CCyC), se trate de responsabilidad extracontractual o por incumplimiento obligacional.

También existen plazos especiales: 1) el reclamo por resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces, prescribe a los 10 años (art. 2561 CCyC); 2) la acción del derecho común por resarcimiento de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo, a los 2 años (art. 2562 inc. b] CCyC); 3) en los daños derivados del transporte de personas o cosas, a los dos años (art. 2562 inc. d] CCyC); 4) en los intereses moratorios y punitorios, el plazo también es de 2 años, desde que se trata de un crédito que "se devenga por años o plazos periódicos más cortos" (art. 2562 inc. c] CCyC); 5) el reclamo por vicios redhibitorios, en 1 año (art. 2564 inc. a] CCyC); 6) en el caso de la responsabilidad del constructor por ruina total o parcial, en 1 año (art. 2562 inc. b] CCyC).

En nuestra opinión, si el daño se enmarca dentro de una relación de consumo, la exclusión de la regulación de la prescripción de la acción resarcitoria del art. 50 de la ley 24.240 (que sólo dispone ahora sobre las acciones administrativas), nos lleva a considerar que *todas* las normas antes señaladas son aplicables a las relaciones de consumo. Por ende, el plazo general para la acción resarcitoria será el trianual, y —por ej.— en el caso del transporte (si es de consumo), el plazo será bienal (v. *Obligaciones* § 685).

Debe recordarse que las acciones civiles (incluida, claro está, la resarcitoria) derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles (art. 2561 CCyC).

## IV. LAS ACCIONES COLECTIVAS

### § 267. Una supresión desafortunada. Vigencia de la doctrina de la Corte Suprema

#### *a) Introducción*

Cada vez más, y no sólo en el ámbito de las relaciones de consumo o los daños ambientales, se producen daños que afectan a un colectivo de personas, más o menos determinado, derivados de un mismo acto dañoso. Los *microdaños*, suelen generar pingües ganancias a sus autores (pues generalmente están vinculados a otras conductas, y

no sólo las dañosas), y la escasa cuantía *individual* de los perjuicios constituye una severa causa de desaliento en la promoción de las acciones resarcitorias, no sólo en razón de los costos económicos de un proceso judicial, sino también en las demoras que significa iniciarlo y continuarlo, hasta su terminación, en base a las reglas procesales actualmente vigentes. Cuando los daños son de mayor entidad, suelen iniciarse varios procesos, con el consiguiente desgaste del servicio de justicia, las cuestiones de competencia, la eventual acumulación de procesos, y tantas otras variables que confluyen, en definitiva, para que en muchas situaciones los daños se consoliden y no sean resarcidos.

La modificación de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor en el año 2008, por la ley 26.361, incorporó las acciones colectivas al plexo consumeril, en el at. 54, lo que significó un notable avance. La ley 26.993 incorporó algunas reglas complementarias en el art. 54 bis.

En el Anteproyecto del CCyC, se elaboró una excelente regulación de las acciones derivadas de los daños a los derechos de incidencia colectiva, siguiéndose los lineamientos fijados en el trascendente caso "Halabi" fallado por la Corte Suprema en el año 2009. Sin embargo, ello fue eliminado por el Poder Ejecutivo, que presentó el Proyecto sin esta normativa.

A continuación, brevemente, hacemos una sucinta referencia a dicha normativa.

### *b) Las normas elaboradas por los autores del Anteproyecto*

Entre los arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto, se dispuso sobre tan trascendente cuestión. Señalan sus autores que siguieron —para ello— las directivas fijadas en el caso "Halabi", y las de varios proyectos en danza (entre otros, de reformas a la Ley General del Ambiente), también antecedentes científicos y de jornadas y encuentros. Indican además que se evitó, en lo posible, disponer sobre cuestiones procesales, pero se incluyeron algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, especialmente en materia de legitimación sustancial activa, entre otras cuestiones.

Claramente se distinguen dos supuestos: la lesión al derecho de incidencia colectiva indivisible, de uso común, no individual, en

donde la reparación se orienta a la restitución de las cosas al estado anterior; y también el de los daños a los derechos e intereses individuales "homogéneos"; esto es, los que "se configuran cuando medie una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes o diferenciados, provenientes de la lesión de un interés colectivo o de una causa común, fáctica o jurídica", como lo señala la comisión.

En el art. 14 del Anteproyecto, se disponía: "*Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*".

Las normas específicas son las siguientes: "*Sección 5ª Daños a los derechos de incidencia colectiva Art. 1745.— Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa. Art. 1746.— Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) Las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Art. 1747.— Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o*

*individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados. Art. 1748.— Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto* erga omnes, *excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado".*

### *c) Su eliminación por el Poder Ejecutivo*

En consonancia con la eliminación de todo vestigio de responsabilidad del Estado (desde que, como es evidente, el Estado es quien se encuentra en mejores condiciones de causar daños colectivos, en comparación con los particulares), el Poder Ejecutivo suprimió toda esta normativa, readecuando el art. 14 al nuevo texto ahora vigente (*"Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general"*); y eliminando absolutamente a las acciones colectivas resarcitorias del CCyC.

### *d) Nuestra opinión*

Sin perjuicio de lo señalado, no nos caben dudas de que los lineamientos fijados en "Halabi" seguirán vigentes pues no son sino consecuencia de la propia naturaleza de la situación jurídica que estamos contemplando. Es claro que, de todas maneras, la promoción de una acción resarcitoria colectiva en contra del Estado encontrará

los límites establecidos en la ley 26.944, en orden a los presupuestos de la responsabilidad allí regulados. Será cuestión, en definitiva, de analizar si dichas restricciones, tanto en lo individual como en lo colectivo, superan el test de constitucionalidad. Por otra parte, nada impide la promoción de este tipo de acciones cuando los daños han sido causados por particulares.

Vale recordar la vigencia de los arts. 54 y 54 bis de la ley 24.240, que rezan: *"Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda"* (art. 54); *"Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856. La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo"* (art. 547 bis).

De todas maneras, el retroceso es grave, ya que en caso de que exista responsabilidad, por un mismo suceso dañoso, tanto de los particulares como del Estado (concurrente, claro está), la cuestión se complejizará sobremanera. Cada vez más el *conflicto colectivo* se hace presente: tanto en orden a los legitimados pasivos, cuando en los legitimados activos. La operatividad del art. 43 de la Const. Nacional, en materia de amparo, es innegable; y no cabe dudar de ello, también, en el ámbito resarcitorio.

## V. ACCIONES CIVIL Y PENAL

### § 268. Responsabilidad civil y responsabilidad penal

Como ya se ha analizado (§ 9.a), un mismo hecho puede dar lugar a diversas reacciones del ordenamiento jurídico, según la índole del interés jurídico comprometido y tutelado. Así, por ej., si un empleado de una empresa mata a un gerente de un tiro, será responsable *civilmente* por los daños ocasionados (por ej., el daño moral causado a su esposa e hijos); *penalmente* por el homicidio; y será despedido con justa causa (art. 242, ley 20.744).

En lo que ahora interesa, este hecho único puede o no constituir, a la vez, una causa fuente idónea que genere la obligación de indemnizar daños causados, y un delito penal. Cuando ello acontece, o en el caso en que se hayan iniciado, de manera simultánea o sucesiva, acciones civiles y penales, se presenta la problemática de la coexistencia de ambas, y de sus influencias recíprocas, motivado ello en que se pretende evitar el dictado de sentencias contradictorias que versen sobre las mismas cuestiones; esto es, en aquello que *es común* a ambos procesos, derivado ello de la existencia *del mismo* hecho dañoso, pero que es analizado bajo ópticas diferentes, y a la luz de reglas y finalidades también propias de cada ámbito.

En el CCyC se han ajustado varias de las disposiciones del Cód. Civil, adecuándose a los cambios que —especialmente— se han experimentado en materia de proceso penal, y disponiéndose —con mayor claridad— respecto de ciertas situaciones que habían generado importantes contrapuntos en la doctrina y la jurisprudencia. Además, puede observarse una tendencia hacia una *mayor independencia* entre ambas acciones, como ahora analizamos.

### § 269. La regla general: la independencia de ambas acciones. Alcances

En el art. 1774 del CCyC se dispone: *"Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales"*.

*a) Se trata de una independencia "sustancial"*

En efecto, y en función de la índole de los intereses jurídicos comprometidos en cada caso, tanto la acción civil resarcitoria como la acción penal son *en principio* independientes la una de la otra, cada una con su propio régimen jurídico, principios, y reglas sustanciales; aunque —como analizamos más adelante— existen interinfluencias recíprocas entre ambas.

*b) Las opciones del damnificado*

*(i) Posibilidad de ejercer cada acción en su ámbito específico.* La acción civil resarcitoria (siempre dependiente de la petición del damnificado) y la acción penal (publica, privada o dependiente de instancia privada —arts. 71 a 73, Cód. Penal—) pueden ser ejercidas cada una ante los tribunales con competencia en cada cuestión. Esto es: no es forzosa su promoción y tramitación conjunta, ante un mismo Tribunal.

*(ii) Posibilidad de acumular ambas acciones antes los jueces penales.* Los jueces penales tienen competencia exclusiva y excluyente en su materia. Pero también, en razón de lo establecido en la parte final del art. 1774 del CCyC y el art. 29 del Cód. Penal, tienen competencia para disponer el resarcimiento de daños a la víctima del delito. Dicha norma reza: *"La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3. El pago de las costas".* De todas maneras, el art. 1774 del CCyC "deja a salvo la posibilidad de que los ordenamientos procesales locales prevean una solución distinta. Ello es así a fin de evitar que el ordenamiento sustantivo afecte atribuciones que son exclusivas a los gobiernos provinciales, en particular, las referidas a la competencia y al procedimiento aplicable" (SÁENZ).

## § 270. La acción civil ejercida en sede penal

La cuestión depende, en primer lugar, de las normas procesales penales que dispongan, a la luz de las reglas sustanciales, la manera en que la acción civil puede entablarse (siempre a opción del damnificado) en sede penal.

En el Cód. Procesal Penal de la Nación, la cuestión está regulada —en sus aspectos centrales— en los arts. 14 a 17, en el Capítulo llamado "Acción Civil", donde se dispone: *"Ejercicio. La acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida sólo por el titular de aquélla, o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable, ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal"* (art. 14); *"Casos en que la Nación sea damnificada. La acción civil será ejercida por los representantes del Cuerpo de Abogados del Estado cuando el Estado nacional resulte perjudicado por el delito"* (art. 15); *"Oportunidad. La acción civil sólo podrá ser ejercida en el proceso mientras esté pendiente la acción penal. La absolución del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil, en la sentencia"* (art. 16); *"Ejercicio posterior. Si la acción penal no puede proseguir en virtud de causa legal, la acción civil podrá ser ejercida en sede civil"* (art. 17).

Además, *"para ejercer la acción civil emergente del delito en el proceso penal, su titular, deberá constituirse en actor civil"* (art. 87), figura que se encuentra regulada entre los arts. 87 y 96, en sus aspectos centrales. Por su parte, el *civilmente demandado* se encuentra contemplado en los arts. 97 y 103. En dichas normas, se regulan las cuestiones atinentes al procedimiento (demanda, contestación, trámite, etc.).

En caso de condena del acusado, *"La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas. Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto materia del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones. Sin embargo, podrá ordenarse la restitución aunque la acción no hubiese sido intentada"* (art. 403).

Es por demás evidente que al dictarse la sentencia de condena, y cuando ésta adquiere firmeza, la *cosa juzgada* concluye la cuestión resarcitoria, quedando —en consecuencia— la posibilidad de ejecutar la sentencia para el caso en que no haya sido cumplida por el obligado a reparar los daños, de acuerdo a lo establecido en los diversos ordenamientos procesales (en el Cód. Procesal Penal de la Nación —art. 516—, la ejecución de sentencia deberá sustanciarse ante los jueces civiles y con arreglo a las normas del CPCCN). Por cierto que si no demandó a todos los responsables, ello no impedirá accionar en

su contra en sede civil, sin perjuicio de una eventual prescripción de la acción resarcitoria.

En el caso de sentencia *absolutoria,* en ésta se "*ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad, o la restitución o indemnización demandadas*" (art. 402).

Si la pretensión resarcitoria es rechazada, es por demás evidente que la *cosa juzgada* producirá su efecto natural, no pudiendo ventilarse nuevamente la misma cuestión, entre los mismos sujetos.

Por último, en caso de sobreseimiento y sentencia absolutoria "*el actor civil carece de recursos contra el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria, sin perjuicio de las acciones que pudieren corresponderle en sede civil*" (art. 95).

## § 271. Acción resarcitoria ejercida en sede civil, independiente de la acción penal

### *a) La situación*

Nos encontramos ante la promoción *paralela* de la acción civil y la acción penal, cada una ante tribunales diferentes, sea cual sea la fecha de inicio de ambas. La tramitación anterior o contemporánea de la acción penal, trae aparejada la necesidad de determinar *el grado de influencia entre ambos procesos,* en razón de que —como se ha dicho— versan sobre el *mismo hecho fundante.* Lo que se pretende evitar es, pues, el dictado de sentencias contradictorias (por ej., que el juez penal determine que el hecho existió, y que el juez civil establezca lo contrario). De todas maneras, y en atención a la tutela de *otros* intereses jurídicos, en ciertos casos ello es inevitable, al menos en un primer momento, sin perjuicio de un eventual remedio posterior.

### *b) Suspensión del dictado de la sentencia civil. Regla y excepciones*

Se dispone en el art. 1775 del CCyC: "*Suspensión del dictado de la sentencia civil. Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal pro-*

*voca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad"*. La norma modifica algunas de las reglas antes establecidas en el Cód. Civil.

*(i) Regla general. La suspensión del dictado de la sentencia.* La *coexistencia* de los procesos civil y penal (siempre en función del mismo hecho), lleva al legislador a considerar la preeminencia del proceso penal por sobre el civil, disponiendo *no* la suspensión de su trámite, *sino el del dictado de la sentencia*, hasta tanto concluya el proceso penal (de la manera que sea). Es una norma de orden público, y por ende, debe ser aplicada de oficio por el juez. Lo que corresponde es que, agotados todos los trámites del proceso civil, y quedando únicamente pendiente el dictado del fallo, el juez civil solicite —por la vía procesal pertinente— la información pertinente relativa al estado del proceso penal. Si éste no ha concluido, debe disponer la suspensión del dictado de la sentencia, hasta que ello ocurra.

*(ii) Primera excepción. Extinción de la acción penal.* Se trata de los casos del art. 59 del Cód. Penal, en el que se dispone: *"La acción penal se extinguirá: 1) Por la muerte del imputado; 2) Por la amnistía; 3) Por la prescripción; 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada; 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes"*. Es evidente que, en todos estos casos, no existe más acción penal pendiente, que es lo que justifica la suspensión del dictado de la sentencia civil.

*(iii) Segunda excepción. La suspensión del juicio a prueba.* En el art. 76 *quáter* del Cód. Penal se dispone que *"la suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder"*. Por ende, en tal supuesto, la suspensión del proceso penal por esta razón no impide el dictado de la sentencia civil.

*(iii) Tercera excepción. Demora del proceso con lesión al derecho a la reparación.* La jurisprudencia y la doctrina comenzaron a

alertar sobre la nociva incidencia de las demoras (cada vez mayores, en ciertos casos) en el proceso penal, respecto del proceso civil. La garantía del debido proceso (el *leadign case* es el caso "Ataka" de la Corte, en el año 1973) y, luego, el reconocimiento del derecho a la reparación de los daños con raigambre constitucional, provocaron, o bien la declaración de inconstitucionalidad del art. 1101 del Cód. Civil (el antecedente del art. 1775 del CCyC), o bien, derechamente, su *inaplicabilidad.* La solución del inc. b) del art. 1775 se ajusta a tales postulados. La determinación de dichas circunstancias será una cuestión de hecho, ya que no se indica un plazo de demora o paralización del proceso, y que deberá ser valorada cuidadosamente en ciertos casos por el magistrado. De todas maneras, si luego se dictara la sentencia penal, entendemos que es posible la *revisión* de la sentencia civil, en los términos del art. 1780 del CCyC, que analizamos más adelante.

*(iv) Cuarta excepción. Acción civil fundada en un factor objetivo de atribución. Nuestra posición.* Siendo que la responsabilidad penal es subjetiva, y en razón del principio de reparación plena de los daños, se ha entendido que es posible dictar la sentencia civil antes del pronunciamiento penal en el caso ahora indicado. Por cierto que si luego, en sede penal, se determinara la inexistencia del hecho fundante de la responsabilidad, la sentencia civil podrá ser revisada (art. 1779 inc. a] CCyC, según entendemos).

En nuestra opinión, la norma debe ser interpretada en sus justos límites. Si se encuentra en discusión cuál es el factor de atribución (por ej., en el caso de una responsabilidad profesional en donde se controvierte si la obligación es de medios o de resultados; o en un proceso iniciado *antes* de la vigencia del CCyC en un accidente de tránsito, donde aún existen —ante la ausencia de norma específica— que en ciertos casos la responsabilidad es subjetiva, como en el del conductor del automotor), somos de la opinión que la norma *es inaplicable.* Es que disponer que el dictado de la sentencia civil no debe ser suspendido, podría importar un *prejuzgamiento* del sentenciante. Más perplejidad causaría el caso en que, al dictar sentencia (habiendo hecho uso de esta norma), el juez civil establezca que el factor de atribución es subjetivo. No podría, en tal caso, dictar una sentencia disponiendo que debe suspenderla hasta tanto culmine el proceso penal.

Por ello, entendemos que sólo deviene aplicable en el caso en que sea *indiscutible,* en función de lo establecido *por la ley,* que el actor de atribución es *objetivo.* Por ej., en el caso de daños derivados de

relaciones de consumo, o —ahora sí— en materia de accidentes de tránsito (art. 1769 CCyC).

*d) Influencia de la sentencia penal sobre la civil*

Si se dicta la sentencia penal, no habiendo aún recaído pronunciamiento en sede civil (en función de las excepciones recién vistas), el contenido del primer pronunciamiento causa *cosa juzgada* en ciertos aspectos, y en otros no tiene incidencia:

*(i) Caso de condena penal.* Se dispone en el art. 1776 del CCyC: *"Condena penal. La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye el delito y de la culpa del condenado"*. Se mantiene en lo sustancial la solución del art. 1102 del Cód. Civil. En concreto, la *existencia* del hecho principal (y todas sus circunstancias *fácticas*), como así también la *calificación de la conducta (dolosa o culposa)*, causan cosa juzgada en sede civil, no pudiendo el juez civil apartarse de lo decidido por el juez penal. De todas maneras, cabe aclarar que si el factor de atribución de la responsabilidad civil es objetivo, el juez deberá resolver en función de tal circunstancia. Asimismo, si el factor de atribución es subjetivo y hubo *culpa concurrente*, ella podrá ser alegada en sede civil, lo que está vedado en sede penal (LÓPEZ HERRERA). Asimismo, en sede civil, la determinación de los *daños resarcibles* deberá efectuarse en función del régimen de consecuencias indemnizables propio de la responsabilidad civil. Por último, la determinación de la *culpa* del condenado, no podrá ser discutida en sede civil por el principal o quien se encuentre a su cargo para eximirse de la responsabilidad indirecta, sin perjuicio de poder invocar las eximentes *propias* de su responsabilidad.

*(ii) Diversos casos de inexistencia de responsabilidad penal.* En el art. 1777 del CCyC se dispone: *"Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal. Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil"*.

*(ii.1) Inexistencia del hecho o de participación del imputado.* Se trata aquí de una cuestión *material:* o bien el juez penal determina

que el hecho no existió, o bien que pese a haber existido, el imputado no tuvo participación alguna. En ambos casos, ello causa *cosa juzgada* en sede civil y, por ende, la demanda resarcitoria debe ser desestimada.

*(ii.2) Inexistencia de delito o de responsabilidad penal.* Si el juez entiende que el hecho *existió*, pero que éste no constituye un delito o no compromete la responsabilidad penal del agente (por ej., porque el tipo penal es sólo doloso, o porque la conducta cometida por el imputado no calza en la descripción del tipo penal), ello no causa cosa juzgada en sede civil: el juez civil, pues, podrá —si se verifican los presupuestos de la responsabilidad civil— atribuirla al causante del daño. Es evidente, empero, que queda condicionado por lo resuelto por el juez penal respecto a los extremos fácticos que haya determinado; pero no así por la *falta de culpa* (si es que lo decide), desde que únicamente aquí se trata del *hecho* que no genera responsabilidad penal (LÓPEZ HERRERA).

*(ii.3) Sobreseimiento del imputado.* La locución "sentencia penal" debe aquí ser entendida como *resolución* que pone fin al proceso, lo que —por ende— incluye al *sobreseimiento*. En tal caso, deberá analizarse la *causa* del sobreseimiento, ya que si éste fue por inexistencia del hecho, evidentemente causará cosa juzgada en sede civil; no así, por ej., por prescripción de la acción penal.

*(iii) Las excusas absolutorias.* Se dispone en el art. 1778 del CCyC que *"las excusas absolutorias penales no afectan a la acción civil, excepto disposición legal expresa en contrario"*. Contempladas en el Cód. Penal, en los arts. 115 a 117 (en los delitos contra el honor) y 185 (en los delitos contra la propiedad), "hacen que un acto típico, antijurídico, imputable y culpable no se asocie a una persona por razones de utilidad pública". Por ej., se dispone en el art. 185 del Cód. Penal que *"están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta..."*.Ello no impide al juez civil pronunciarse sobre la responsabilidad por daños.

### e) Impedimento de reparación del daño

Se dispone en el art. 1779 del CCyC que *"impiden la reparación del daño: a) la prueba de la verdad del hecho reputado calum-*

*nioso; b) en los delitos contra la vida, haber sido coautor o cómplice, o no haber impedido el hecho pudiendo hacerlo"*

Como ya lo analizamos en el caso de la calumnia (§ 252), la *exceptio veritatis* en el caso de la acusación calumniosa veda la reparación de los daños establecida en el art. 1771 del CCyC. En el caso de la injuria, empero, es de recibo el criterio que postula que la carga de la prueba se invierte y sólo se exime de responder en los casos del art. 111 del Cód. Penal, en el que se dispone: *"El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena"*.

En el supuesto del inc. b), la norma es clara: todo aquel que haya contribuido de alguna manera en el delito, o no haya adoptado las medidas de prevención razonables (art. 1710 CCyC), tendrá vedado el derecho a ser indemnizado.

### *f) El caso del dictado de una sentencia penal posterior a la civil*

Para este supuesto, se dispone en el art. 1780 del CCyC: *"Sentencia penal posterior. La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; b) en el caso previsto en el art. 1775 inc. c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor; c) otros casos previstos por la ley"*.

Se consagra la independencia de la sentencia civil, en el caso en que se dicte con posterioridad una sentencia penal, pero con importantes excepciones, que deben ser canalizadas a través de una *acción de revisión.*

*(i) Revisión de la sentencia penal.* El supuesto es el siguiente: "si la sentencia civil reconoció alcance de cosa juzgada a aspectos de la sen-

tencia penal (existencia del hecho, autoría del acusado, culpabilidad del entonces condenado, conforme el art. 1776) y con motivo de la revisión posterior, aquellos aspectos decisivos para el juez civil dejan de ser tales, la solución emerge lógica y de toda justicia" (JAPAZE).

En el Cód. Procesal Penal de la Nación, se regula la revisión de la sentencia penal entre los arts. 479 a 489. El primero reza: *"El recurso de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes cuando: 1°) Los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable. 2°) La sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical cuya falsedad se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 3°) La sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable. 4°) Después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable. 5°) Corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia".* Asimismo, se dispone en el art. 480: *"El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, o que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en la última parte del inc. 4° o en el 5° del artículo anterior".*

*(ii) En el caso de responsabilidad objetiva.* Es claro que si el juez civil dictó sentencia, amparándose en el inc. c) del art. 1775 del CCyC, y con posterioridad —en dese penal— se determina la *inexistencia* del hecho, o la falta de participación en éste del imputado, la sentencia civil podrá ser revisada.

*(iii) En el caso del inc. b) del art. 1775 del Cód. Civil y Comercial.* Existe aquí una omisión del legislador. ¿Qué sucede si se dicta la sentencia civil en el supuesto de demora irrazonable del proceso penal, y luego se determina —en sede penal— la inexistencia del hecho, o la falta de participación de quien fue condenado a resarcir daños? Somos de la opinión que cabe igual solución que en el caso anterior, desde que si bien la razón del dictado de la sentencia civil es diferente en ambos casos, cabe aquí asimilar los dos supuestos en orden a lo que es la *ratio legis* de la norma.

*(iv) Otras excepciones fijadas por la ley.* Si bien no las hay en la actualidad, queda la posibilidad de que la ley contemple, en otras situaciones, la posibilidad de revisión de la sentencia civil.

*(v) Efectos de la admisión de la revisión.* Es por demás evidente, si bien la norma no lo indica, que si el condenado a resarcir daños los

abonó, la sentencia de revisión dictada a su favor le otorgará el derecho a repetir lo pagado, bajo las reglas del pago indebido (art. 1796 inc. a] CCyC), por aplicación de dichas reglas generales (LÓPEZ HERRERA).

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL DEL CAPÍTULO

ALFERILLO, Pascual E., "Prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-V-15.

BARACAT, Edgar J., "La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo Código", RCCyC del 16/12/2015, p. 141.

BAROCELLI, Sergio S., "Relaciones entre las acciones civil y penal", en MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial:*

BERGER, Sabrina M., "La prueba del daño", LL del 5/2/2016, p. 5; LL 2016-A-284.

JAPAZE, María Belén, "Ejercicio de las acciones de responsabilidad: relaciones entre la acción civil y la acción penal en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial* del 17/11/2014, p. 181.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "La prescripción de la acción de daños en el nuevo Código Civil", RCyS 2015-IV-336.

MÜLLER, Enrique C., "Prejudicialidad penal", LL del 12/11/2015, p. 10.

PIEDECASAS, Miguel A., "Acciones civil y penal", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, p. 385.

TALLONE, Federico C., "La prescripción en las acciones de responsabilidad civil a la luz del Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-2, ps. 421 y ss.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil", *Semanario Jurídico*, 2015, n. 1995, ps. 341-348.

## JURISPRUDENCIA

CSJN, 20/11/1973, "Ataka Coop. Ltda. v. González Ricardo, y otros".

CSJN, 19/6/2003, "Acuña Zaragoza, Adela O. v. Vuelta de Rocha SATCI", LL 2003-E-404.

CSJN, 2/9/1986, "Villafañe, Oscar R. v. Adrover, Gerónimo O.", LL 1987-A-680.

CSJN, 24/2/2009, "Halabi, Ernesto v. PEN - ley 25.873, dto. 1563/04", Fallos 332:111; LL 2009-B-259.

CSJN, 26/9/2006, "Monner Sans, Ricardo v. Fuerza Aérea Argentina", DJ del 25/10/2006, p. 564.

# BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Aclaración: la bibliografía sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil es extensísima. Se indican aquí sólo las principales obras generales. En los capítulos se hace referencia a la principal bibliografía especial, con particular referencia a la aparecida sobre el Código Civil y Comercial de la Nación.


ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de análisis económico del Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Librería Editora Platense, La Plata, 1963.

AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por hecho ajeno*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, TEA, Buenos Aires, 1950.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1977.

ALPA, Guido - BESSONE, Mario, *La responsabilita civile*, 2ª ed., Giuffré, Milano, 1990.

ALPA, Guido - BESSONE, Mario - CARBONE, Vicenzo, *Atipicita dell'illecito*, 3ª ed., Giuffré, Milano, 1993.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961.

ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., "Los hechos jurídicos", JA 1955-VI-58, Secc. Doctrina.

ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Civiles - Comerciales - de Consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

— *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988.

— *Derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992.

— *Temas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1995.

ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho Civil. Parte general*, Empresa Técnico Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1965.

ARGÜELLO, Luis R., *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, 3ª ed. corregida, Buenos Aires, 1988.

AUBRY, C. - RAU, C., *Cours de droit civil francais, d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zacharie*, Imprimiere en Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal, Billard, et Cie. Imprimeurs-Editeurs, 4ª ed., Paris, 1856/1858.

BARASSI, Ludovico, *Instituciones de derecho civil*, trad. de García de Haro de Goytisolo, Bosch, Barcelona, 1955.

— *La teoría generale delle obbligazioni*, 2ª ed., Giuffré, Milano, 1963.

BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. - BARDE, L., *Traité Théorique et Practique de Droit Civil. Des Obligations*, Librairie de la Société du Rcueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1907, t. 2; 1908, t. 3.

BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 3; 1984, t. 5.

BÉNABENT, Alain, *Droit Civil. Les Obligations*, 12ª ed., Montchrestien, París, 2010.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO

— *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., trad. de Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BIANCA, C. Massimo, *Derecho Civil. 3. El contrato*, trad. de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

— *Diritto civile*, Giufrré, Milano, vol. 4 ("L'obbligazzione"), 1991; vol. 5 ("La responsabilita"), 1994.

BIBILONI, Juan Antonio, *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni*, Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1939.

BOFFI BOGGERO, Luis María, "Hechos jurídicos", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIII, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1979, ps. 710 y ss.

— *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1979/1985.

BONASI BENUCCI, Eduardo, *La responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1958.

BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, t. II, Cajica Editor, Puebla, 1945.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, 5ª ed., Dottor Franceso Vallardi, Milan, 1912.

BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971.

— *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 7ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1997.

— *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

— *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

— *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 12ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

— *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

BUERES, Alberto J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

— *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

— *Objeto del negocio jurídico*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998 (ts. 2-A y 2-B); 2001 (t. 6-B).

BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1944/1955.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

BUTELER, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Advocatus, 3ª ed. actualizada, Córdoba, 1991.

CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

— *Derecho de las obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009/2010.

CALVO COSTA, Carlos A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

CAMMAROTA, Antonio, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 1947.

CARBONNIER, Jean, *Droi Civil. Les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991.

CARRANZA, Jorge A., *El abuso del derecho en la Reforma del Código Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

CASEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed. aumentada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, 16ª ed., Reus, Madrid, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, trad. de E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2005.

CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

— *Elementos de derecho civil*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

— *Negocio jurídico*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.

CIFUENTES, Santos (dir.) - SAGARNA, Fernando A. (coord.), *Código Civil. Comentado y anotado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.

COLIN, Ambrosio - CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. de Demófilo De Buen, Reus, Madrid, t. 1, 1922; t. 3, 1924; t. 4, 1925.

COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920.

— *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas, Buenos Aires, 1917.

COLOMBO, Leonardo, *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1965.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

— *Manual de obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, Uthea, México, 1949.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990.

DE ÁNGEL YAGÜÉZ, Ricardo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Bosch, Barcelona, 1975.

DE GÁSPERI, Luis - MORELLO, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil*, TEA, Buenos Aires, 1964.

DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Reus, Madrid, 1979.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, 12ª ed., Aguste Durand - L. Hachette Et. Cie., Paris, 1864.

DI PIETRO, Alfredo, *Institutas*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social*, Civitas, Madrid, 1979.

— *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.

DURANTON, M., *Cours de Droit Français sivant le Code Civil*, t. 12, 4ª ed., G. Thorel-E. Guilbert, Paris, 1844.

ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. I, vol. 2, 13ª revisión por Hans Carl Nipperdey, trad. de la 39ª ed. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1935.

ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de obligaciones*, trad. de la 35ª ed. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1935.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español. Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

FALCÓN, Enrique M., *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed., Astrea, 2009.

FERREIRA RUBIO, Delia M., *La Buena Fe. El principio general en el derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y Parte General*, 17ª ed., Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

GAGLIARDO, Mariano, *Tratado de obligaciones según el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2015.

GALGANO, Francesco, *Dirittu civile e commerciale*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1999.

— *El negocio jurídico*, trad. de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Teoría General de las obligaciones y contratos*, Mc. Graw-Hilll, Madrid, 1995.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dirs.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Lajouane, Buenos Aires, 2006.

GAUDEMET, Eugene, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1984.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno*, vol. VII, trad. de la 7ª ed. por Eduardo Dato Iradier, Reus, Madrid, 1930.

GIORGIANNI, Michele, *La obligación (La Parte General de las obligaciones)*, trad. de Evelio Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958.

GOLDEMBERG, Isidoro, *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 20ª ed., Porrúa, México, 2014.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

HUC, Théophile, *Comentaire Théorique et Practique du Code Civil*, t. 8, Librairie Cotillon F. Pichon. Paris, 1895.

IRIBARNE, Héctor. P., *De los daños a la persona*, Ediar, Buenos Aires, 1993.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bosch y Cía., Buenos Aires, 1950.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros, *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.

LAFAILLE, Héctor, *Apuntes de Derecho Civil (primer curso) de las conferencias del Doctor Héctor Lafaille*, por sus alumnos Eduardo B. Busso y Horacio A. Morixe, Librería y Casa Editora de J. Menéndez e Hijo, Buenos Aires, 1922.

— *Curso de contratos*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1928.

— *Curso de derecho civil (Sucesiones)*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1933.

— *Tratado de los Derechos Reales*, Ediar, Buenos Aires, 1943.

LAFAILLE, Héctor - BUERES, Alberto J. - MAYO, Jorge A., *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009.

LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte general*, trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

— *Derecho de obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

LARROUMET, Christian, *Droit civil. Les obligations. Le contract*, 3ª ed., Economica, Paris, 1996.

LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Francais*, Bruylant-Christophe & Cie. - Librairie A. Marescq, Ainé. Paris-Bruxellles, 1878.

LE TOURNEAU, Phillippe, *Droit de la responsabilité et des contracts*, Dalloz, Paris, 2004.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1973.

— *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 16ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1995.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1995/1997.

— *Teoría de los contratos*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1995/1997.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Derecho de las obligaciones*, B de F, Buenos Aires, 2015.

LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., Santa Fe, 2009.

— *Tratado de los contratos. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - DE LORENZO, Miguel F. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014/2015.

MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, ts. III y VII, 2ª ed., Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas, Buenos Aires.

MARCADÉ, V., *Explication théorique et practique du Code Civil*, t. 3, 8ª ed., J. Dellamotte, Paris, 1892.

MÁRQUEZ, José Fernando (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2015.

MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, EJEA, Buenos Aires, 1959/1962.

MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - CHABAS, Francois, *Derecho Civil. Obligaciones*, trad. de Luis Andorno, Zavalía, Buenos Aires, 2006.

MERLIN, M. le Comte, *Répertorire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. 11, 4ª ed., Chez Garnery, Librairie, 1815.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*, Zavalía, Buenos Aires, 2004.

MOLITOR, J. P., *Les obligations en droit romain*, Aguste Durand, Paris, 1850.

MORALES MORENO, Antonio M., *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

MORELLO, Augusto M., *El deudor de la obligación*, LEP, La Plata, 2002.

MOSCATI, Enrico, *La disciplina generalle delle obbligazioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, edición actualizada, Santa Fe, 1998.

MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., *Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H. - GOZAÍNI, Osvaldo A., *Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Lerner, Córdoba, 1984.

OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, trad. de la 3ª ed. alemana por Luis Sancho Seral, Labor, Barcelona, 1933.

ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1980.

— *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963.

— *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970.

— *La ilicitud*, Lerner, Córdoba, 1973.

ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Librería de Hijos de Leocadio López, Madrid.

PACCHIONI, Giovanni, *Diritto civile italiano. Delle obbligazioni in generale*, Cedam, 3ª ed., Padova, 1941.

PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. V, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1954.

PICASSO, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, trad. de la 9ª ed. francesa por Manuel Rodríguez Carrasco, Araujo, Buenos Aires, 1943.

PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Compendio de derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

— *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999/2012.

PIZARRO, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

— *Tratado de la responsabilidad objetiva*, La ley, Buenos Aires, 2015.

PLANIOL, Marcel, *Traité* Élémentaire *de Droit Civil*, 6ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1912.

PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de la 12ª ed. francesa, Puebla, 1945.

POLACCO, Vittorio, *Le obbligazione nel diritto civile italiano*, Drucher, Roma, 1914.

POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1978.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, vol. 2, "Derecho general de las obligaciones", 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1988.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*, Depalma, 9ª ed., Buenos Aires, 1961.

RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos aires, 1966.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

RUSCONI, Dante D., en RUSCONI, Dante D. (dir.), *Manual de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 2003.

SALAS, Acdeel E., *Código Civil y leyes complementarias anotados*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1971.

— *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1982.

— *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947.

SALEILLES, Raymond, Étude *sur la Théorie* Générale de *L'Obligatios Dáprés le Premier Projet de Code Civil pour L'Empire Allemand*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1914.

SALVAT, Raymundo M. - ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., TEA, Buenos Aires, 1954.

SALVAT, Raymundo M. - ARGAÑARÁS, Manuel J., *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, 4ª ed., TEA, Buenos Aires, 1960.

SALVAT, Raymundo M. - GALLI, Enrique V., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., TEA, Buenos Aires, 1956.

SALVAT, Raymundo M. - LÓPEZ OLACIREGUI, José María, *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, TEA, Edición del Cincuentenario, Buenos Aires, 1964.

SAVATIER, René, *La théorie des obligations en droit privé* économique, 14ª ed., Dalloz, Paris, 1979.

SAVIGNY, M. F. C., *Le obbligazioni*, trad. de Giovanni Pacchioni, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Milano, 1912.

— *Sistema del Derecho Romano actual*, 2ª ed., trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid.

SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina —con su explicación* y crítica bajo la forma de notas—", Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881.

SILVESTRE, Norma O. (dir.) - MARINO, Abel E. - MAGLIO, María Claudia - BURGOS, Débora - SILVESTRE, Norma O., *Obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945.

STIGLITZ, Gabriel A., *Daños y perjuicios*, La Rocca, Buenos Aires, 1987.

STIGLITZ, Gabriel A. - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

TALE, Camilo, *Derecho de las obligaciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, edición del autor, 2012.

TERCIER, Pierre, *Le droit des obligations*, 3ª ed., Schulthess, Zurich, 2004.

TERRÉ, François - SIMPLER, Philippe - LAQUETTE, Yves, *Droit Civil. Les Obligations*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 2009.

TEXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Código Civil. Proyecto*, trad. al castellano por Arturo Pons, Imprenta "El Hogar y la Escuela", Buenos Aires, 1900.

TAVANO, María Josefina, *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

TRIGO REPRESAS, Félix A. - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. (dirs.), *Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, Obligaciones.

TRIGO REPRESAS, Félix A. - BENAVENTE, María I. (dirs.), *Reparación de daños a las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

VALLESPINOS, Carlos G. (dir.), *La responsabilidad civil. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1996.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

VINEY, Geneviève, *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, trad. de Fernando Montoya Mateus, Universiad del Externado, Bogotá, 2007.

VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

VON IHERING, Rudolf, *La Lucha por el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1993.

VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán por W. Roces, reimpresión de la 1ª ed., Reus, Madrid, 1999.

WAYAR, Ernesto C., *Derecho civil. Obligaciones*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

WIERZBA, Sandra M., *Manual de obligaciones civiles y comerciales. Según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto Delle Pandette*, vol. 1, Parte 1ª, trad. al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1902.

ZACHARIE, K. S., *Le Droit Civil Francais*, t. 3 (traduit de L'allemand sur la cinquième édition), Auguste Durand. Paris, 1857.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

— *Elementos de la obligación*, Astrea, buenos aires, 1996.

— *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2000.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *"Resarcimiento de daños - 3. El proceso de daños*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

— *"Resarcimiento de daños - 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

— *Tratado de daños a las personas*, Astrea, Buenos Aires: Daño moral por muerte (2010); Resarcimiento del daño moral (2009); Perjuicios económicos por muerte (2008); Disminuciones Psicofísicas (2009).

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. (colab.), *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Alveroni, Córdoba, 2015/2016.

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO