

UNIDAD XIV. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Concepto. 1. Funciones: a) Preventiva y sanción pecuniaria disuasiva; b) Función resarcitoria. 2. Clasificaciones: a) contractual y extracontractual. Diferencias y unificación. b) Responsabilidad directa e indirecta.

II. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL RESARCITORIA. Enumeración. ANTIJURIDICIDAD. Concepto. Modalidades de la conducta antijurídica. Exclusión de la antijuridicidad: Causas de justificación. Consentimiento, Asunción de riesgos y Ejercicio abusivo de los derechos.

III.DAÑO RESARCIBLE. 1. Concepto e importancia. 2. Diversos Alcances. 3. Requisitos. 4 Forma de reparación y atenuación a) DAÑO PATRIMONIAL. Concepto. Elementos. Clases. Requisitos. Casos especiales. b) DAÑO MORAL. Concepto. Caracteres. Fundamento. Requisitos. Forma y extensión de la reparación. Casos especiales según el bien lesionado. 5. PRUEBA DEL DAÑO.

IV.FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD. Concepto y clases. FACTORES SUBJETIVOS. 1. Concepto y presupuestos de la culpabilidad. a) La culpa: concepto. Modalidades. Dispensa, culpa de la víctima y culpa concurrente. b) El dolo. Apecepciones. Posiciones doctrinarias. c) Criterios de valoración. FACTORES OBJETIVOS. Concepto. Tendencia. a) Criterios: Teoría del riesgo. Garantía. Seguridad. Equidad. Abuso del derecho. Exceso de la normal tolerancia entre vecinos. Efectos. PRUEBA DE LOS FACTORES DE ATRIBUCION,

V. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. Concepto. 1. Enumeración de las teorías. 2. Sistema jurídico argentino. a) Distinción con la culpabilidad. Importancia. c) Determinación de las consecuencias y extensión del resarcimiento. 3. PRUEBA: principios y excepciones. Interrupción del nexo causal. Supuestos. Efectos.

VI. DAÑOS CAUSADOS POR PERSONAS JURÍDICAS. Responsables. Caracteres. Requisitos. Fundamento. Cesación.

I. Responsabilidad Civil. Concepto.

Doctrina y jurisprudencia también se han referido a la institución como Derecho de Daños por entender que dicha denominación es más abarcativa de sus funciones (Mosset Iturraspe; Zavala de González, Pizarro). Sin embargo, estimamos que la de “responsabilidad civil” es una designación clásica en la literatura jurídica nacional y en la legislación especial y está difundida aún para designar, además de la reparación, las otras funciones que comprende el instituto; ello, no implica adelantar la preponderancia de factores subjetivos u objetivos de responsabilidad sino que alude a la obligación de reparar daños injustos que pesa sobre el ciudadano

La noción de responsabilidad revela que el ordenamiento jurídico reacciona ante el hecho, positivo o negativo, que quebranta sus normas y por ello obliga a “responder”. Si la reacción obedece a una finalidad sancionatoria, ejemplificadora y predominantemente pública, nos encontramos en el área de la responsabilidad penal, que mira fundamentalmente a la situación del “*delincuente*”. Si la necesidad de dar una respuesta apunta a una función preventiva, reparatoria o pecuniariamente punitoria y predominantemente privada estamos frente a la Responsabilidad Civil o por Daños, que se centra en la posición de la “*víctima*”.

En una noción amplia señalamos que existe responsabilidad civil ante “la *obligación de evitar, reparar o sancionar pecuniariamente un daño injustamente causado o sufrido a cargo del autor o de quien se syndique según las razones de su atribución*”.

El Código civil de Vélez Sarsfield trata la cuestión en el Libro II, Sección II, desde la perspectiva “De los actos ilícitos” (Título 8º) y “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos” (“Título 9º). El Proyecto de Código civil y comercial del año 2012 trata la materia en el LIBRO III, Derechos personales; TÍTULO V: Otras fuentes de las obligaciones y CAPÍTULO 1: Responsabilidad civil (1708-1780). Tiene Once secciones.[¶]

La institución designada como “responsabilidad civil”, hace referencia a la “obligación de responder”, como dijimos, y abarca las múltiples funciones que se le atribuyen: preventiva (art. 1067 CC y en el P.de CC y C, arts. 1710/13), reparatoria (arts. 511, 519, 522, 1068, 1078 y 1109 CC y en el Proyecto, arts. 1716/17 y 1794) y como *sanción pecuniaria disuasiva (Proyecto, art. 2012)*.

1. Funciones:

La doctrina ha enfocado la responsabilidad en tres dimensiones y en ello abreva el P. de CC y C. En efecto, la versión diseñada realiza una regulación tripartita de los funciones de la responsabilidad civil. Se concluye, en los “Fundamentos”, que éstas son paritarias y existe una diferencia de grado: según el bien protegido actuará una u otra, exclusiva o concurrentemente, en los casos en que la reparación acompañe a las medidas de prevención o a la sanción pecuniaria.

a. Función preventiva.

La función preventiva está prevista en el sistema del Código civil de Vélez Sarsfield. En efecto, se expresa que “no habrá hecho ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, *u otro exterior que lo pueda causar...*”(art. 1067 CC).

Es interesante destacar que aunque no estuviera consagrado expresamente por una norma determinada, el deber de prevenir perjuicios se encuentra incluido en el orden jurídico argentino; ello es producto de la evolución de la perspectiva del derecho, que se centra en la persona humana y en sus diversos aspectos y también se ocupa de cuestiones cuya turbación tiene incidencia colectiva (como el medio ambiente) o involucra a determinada categoría de individuos (como a los consumidores), áreas en las que la mera reparación, acontecido el perjuicio, no tiene posibilidades de “volver las cosas atrás”. También resulta del 1071 bis CC, ley 11.723 art 79, ley 24.240, arts.55 de manera no sistemática; asimismo encuentra fundamento en el art. 43 C.N y en la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada a ella (art. 75 inc. 22).

¶

El Poder Ejecutivo le introdujo modificaciones al texto originario del Anteproyecto elaborado por la Comisión. Son sustanciales la modificación del art. 14, la eliminación completa de la Sección 5º, referida a los derechos de incidencia colectiva comprensiva de los derechos individuales homogéneos y de los derechos colectivos (los originarios arts. 1745 a 1747) y la sustitución completa de los arts. 1764 a 1766 sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, el tradicional enfoque que reducía la responsabilidad a la reparación posterior del daño, debe ser ampliado y anticiparse a su producción se torna imprescindible para asegurar la efectiva tutela de los derechos reconocidos.

En tal sentido, doctrina nacional ha interpretado que *"... La función preventiva es prioritaria en el Derecho de Daños. Los principios de prevención y precaución se inscriben dentro de esa función. Dichos principios proyectan su operatividad en el campo sustancial y procesal. Las instituciones que determinan condenas pecuniarias implican una función de prevención general que se adiciona a la función de prevención especial"*. Desde lo particular se entendió que *"...El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños. El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención. El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento"* (XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en San Miguel de Tucumán, setiembre de 2011).

Esta línea de pensamiento se plasma expresamente en el Proyecto 2012, cuya fuente es el proyecto de 1998, cuando se explicita la existencia de un "deber" de prevenir los daños, el que responde a la necesidad de anticiparse cuando "se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente", como rezan sus fundamentos. Así, se postula la incorporación normativa del "deber de prevención del daño" que pesa sobre toda persona, "en cuanto de ella dependa"; es decir, que no alcanza a aquellos que no están en condiciones de impedir el perjuicio, por lo que no les es exigible.

En primer lugar, se tiene el deber de evitar causar un daño no justificado; o sea impedir que suceda y "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud". Por lo tanto, se imponen conductas abstencionistas y medidas positivas destinadas a impedirlo. Si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, quien cumplió con su deber tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; finalmente, no se debe agravar el daño, si ya se produjo y tomar medidas razonables para evitar el agravamiento (P.de C C y C , art. 1710)

De manera correlativa al deber de evitar menoscabos se diseña una "acción civil preventiva", que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, sin que sea necesaria la concurrencia de ningún factor de atribución. Se consagrará positivamente la llamada "tutela civil inhibitoria" como sistema de protección anticipada a la lesión de derechos privados (P.de CCy C, art. 1711). Se requiere la antijuridicidad en la amenaza del daño y que éste sea previsible según las reglas de causalidad adecuada con el resultado probable con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727, P.de CC y C). La legitimación es amplia; están habilitados para intentarla quienes acrediten "un interés razonable en la prevención del daño"; quedan comprendidos los titulares de derechos individuales o colectivos, organizaciones

públicas o privadas, etc.. (art.1712 P.de CC y C). Se delinear posibles decisiones a adoptar en la sentencia, de oficio o a petición de parte, en forma definitiva o provisoria, como obligaciones de dar, hace o no hacer.

Se ha dicho que esta tutela siempre ha existido, desde tiempos pretéritos, en el campo de un genérico derecho de daños (Bueres). Las normas proyectadas “receptan en sentido amplio las figuras de derecho sustancial elaboradas por la doctrina, la tutela civil preventiva y la tutela inhibitoria, y las de derecho procesal, como las medidas autosatisfactivas y la cautela provisoria, las interinas y las definitivas” y que se trata de normas eminentemente sustanciales o de fondo, pero igualmente adjetivas o procedimentales. Se agrega que ello “...establece las bases inderogables que deberán respetar las legislaciones locales que regulen sus aspectos procesales” (Galdós).

El ámbito contractual también comprende la tutela preventiva (Galdós) (art. 1032 P.deCC y C); pueden mencionarse como hipótesis aspectos vinculados a los consumidores y a la protección de la persona humana y sus derechos personalísimos entre otros supuestos.

b. Función sancionatoria

Una nueva perspectiva de la responsabilidad, que no se encuentra en el texto del código civil velezano, incorpora el P. de CC y C (Art.1714), lo que reconoce antecedentes en doctrina (XII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Santa Fe, 1999), en la legislación especial (art. 52 bis de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor) y en la jurisprudencia, aunque no abundante, en materia de derechos del consumidor. La "sanción pecuniaria disuasiva", también llamada "multa civil"- Proyecto de 1998- o "daños punitivos" o "indemnización punitiva", es una función sancionatoria y desalentadora de comportamientos dañosos. Tiene necesaria correlación con la función preventiva y sin esta nueva disposición, “el capítulo de prevención sería sólo una recomendación o consejo” (Messina de Estrella Gutiérrez); en ambas funciones se adjudica especial trascendencia a la intervención jurisdiccional. En efecto, funciona como una advertencia que alentará a deponer comportamientos eventualmente dañosos respecto de bienes cuya afectación impacta en la comunidad y el juez goza de 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. Éstos encuentran protección en el derecho internacional general y convencional, como así también expreso reconocimiento en la Constitución nacional (arts. 41, 42 y 43 CN) y leyes especiales (v.gr., la ley 25.675, Ley General del Ambiente). Se advierte que es acotado el ámbito de aplicación del instituto. El monto de la sanción se fija prudencialmente, de acuerdo a las circunstancias del caso tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. La función referida es excepcional en el contexto de la responsabilidad civil y es de interpretación restringida.

c. Función resarcitoria.

Tradicionalmente se ha definido a la responsabilidad civil o derecho de daños por su función resarcitoria. En efecto, tanto en lo cuantitativo como lo cualitativo, prevalece como “la *obligación de reparar un daño injustamente causado o sufrido a cargo del autor o de quien se sindique según las razones de su atribución*”.

Esta faceta de la responsabilidad civil es la que se ha destacado también en el Proyecto de 2012; se pone el acento en la función compensatoria, a tenor de lo expresado en sus Fundamentos y lo que surge del art. 1716.

Del repaso de la abundante preocupación de la doctrina por el tema y lo resuelto a diario por los jueces, resulta evidente que la reparación de los daños ya acaecidos es uno de las cuestiones que más atención demanda de los estudiosos y es uno de los reclamos más corrientes de los ciudadanos ante los tribunales. Esta realidad nos ha determinado a incluir su estudio en el primer año de la carrera, aunque limitado a lo que son sus elementos o presupuestos esenciales. Estimamos que es imprescindible que, desde el inicio de su formación, el estudiante de derecho conozca los requerimientos básicos de esta fuente de obligaciones que se asienta en la contravención del orden jurídico en su más amplia significación.

La institución que nos ocupa ha sido delineada como mecanismo para restablecer el equilibrio quebrado por la violación de las normas y la afectación de la víctima, con miras a indemnizarla por las disminuciones padecidas en bienes valorables en dinero o para dar satisfacción pecuniaria a daños padecidos en el aspecto físico o en la faz moral de las personas, ya que en general no es posible compensarlos en su misma especie.

No obstante lo dicho, tal como se ha destacado más arriba, las funciones que se atribuyen a la responsabilidad civil responden a la misma institución y son complementarias en numerosos supuestos. Así, por ejemplo, la función preventiva y la resarcitoria se advierten en la normativa dispuesta para la protección de la vida privada tanto en el art. 1071 bis del Código civil (según la norma incorporada a su texto por la ley 21.173), como de la propuesta por el P.de CC y C, art. 1770; la función preventiva y sancionatoria también están vinculadas al operar como disuasivas de conductas gravosas para derechos de incidencia colectiva, tal como se ha destacado (Messina de Estrella Gutiérrez).

En este aspecto las tendencias apuntan a borrar las diferencias genéricas entre la responsabilidad contractual y extracontractual pero se mantienen los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil reparatoria.

2. Clasificaciones: contractual y extracontractual. Diferencias y unificación.

En principio la distinción surge del art. 1107 C.C. cuando dice: “Los hechos u omisiones en el cumplimiento de las obligaciones, no están comprendidos en los artículos de este Título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”. Entendemos que en el sistema vigente y en el propuesto en el año 2012 subsiste la diferencia conceptual entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Existe responsabilidad contractual si se desconocen las normas plasmadas un contrato, que es ley para las partes (art. 1197 CC) o no se cumple una obligación existente antes de la producción del daño. Es extracontractual la obligación de reparar daños que resultan del quebrantamiento de la ley en sentido material; es decir, el que deriva del “deber genérico de no dañar”.

La tendencia ha sido suprimir las diferencias de efectos entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, hasta donde fuera posible. El Proyecto de 2012 responde a esta línea que ya se preveía en los proyectos de 1987, los de 1993 y el de 1998 y el del año 2012 y propone una única reparación.

En el Proyecto 2012, la “unificación” de responsabilidad contractual con la extracontractual parte del principio de “no dañar” (art. 1716) y de la reafirmación de la antijuridicidad (art. 1717). La solución proyectada unifica supuestos que generaron dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual, por ejemplo con la responsabilidad médica (Kemelmajer de Carlucci).

2.1. Las diferencias entre responsabilidad contractual (arts. 506, 507, 508 y 511 CC) y extracontractual (arts. 1066, 1107 y 1109, correlativos y concordantes del CC) que se presentan en el sistema del Código civil de Vélez Sarsfield se evidencian en diversos aspectos y algunas subsisten en el texto propuesto, como veremos a continuación.

Algunas diferencias sólo son aparentes.

a. Actividad probatoria, en el Código vigente, si se trata de responsabilidad extracontractual, la prueba, en principio, es carga del acreedor de la obligación de reparar (*víctima*): mientras que si la obligación es de origen contractual, al acreedor le basta con acreditar la existencia de la obligación y el incumplimiento, y *el deudor* deberá probar que cumplió o que el incumplimiento no le es imputable.

Es dable advertir que estas afirmaciones se relativizan según que se deban probar hechos positivos o negativos. La ciencia procesal, siguiendo a Morello, abordó al proceso desde una visión solidarista de la carga probatoria acentuando la efectiva participación de todos los involucrados; influyen en ello los principios procesales de colaboración o solidaridad, la teoría de la carga dinámica de la prueba o de participación probatoria, criterios por los que se entiende que debe probar quien esté en mejores condiciones de hacerlo (Peyrano).

En este aspecto Proyecto 2012 se refiere a carga de acreditar los elementos clásicos de la responsabilidad civil y no discrimina, salvo excepcionalmente, entre ambas responsabilidades.

b. La capacidad de imputación para los actos ilícitos (10 años), y la **capacidad negocial** para otorgar actos lícitos (14 años), está diferenciada en el art. 921 C.C.; esta distinción no es esencial. La capacidad delictual se vincula a la aptitud para violar la norma; mientras que la negocial está ligada a la capacidad para crearla (Aguar). El código velezano se pronunció por el sistema rígido con pautas inflexibles para determinar la aptitud general de conocer. Similar criterio se mantuvo tradicionalmente con relación a las personas con padecimientos mentales: eran “incapaces absolutos de hecho” para los actos lícitos los dementes (art. 54 inc. 3) mientras que para los actos ilícitos, aún el demente declarado, se entendía imputable si obraba con discernimiento,

es decir en un intervalo lúcido (arts. 921 y 1070 CC).

La situación jurídica descrita, no obstante los términos legales, ha recibido fuerte influencia de las pautas contenidas en los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución nacional (art. 75 inc. 22). A tales efectos debe destacarse la Convención sobre los Derechos del niño, cuyos principios se receptaran en la ley 26.061 al hacerse eco del principio de capacidad progresiva que garantiza el pleno disfrute y el efectivo y permanente ejercicio de sus derechos. Ello también tiene influencia en materia de consentimiento informado a tenor de lo dispuesto por la ley de los derechos del paciente (Ley 26.529 y sus modificatorias- LDP); esta normativa aclara que...”Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud (art.2ºLDP). También cabe tener presente la ley 26.378 (2008), que incorpora a nuestro sistema jurídico la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. En su consecuencia se dictó la ley 26.657 (2010), “Ley Nacional de salud mental”, que fija la regla de que:”se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” (art. 3º, 2º párrafo). Ello supera la dicotomía que culturalmente discriminaba a las personas sanas de las enfermas y que predicara de la “perfecta salud” mental la aptitud de hecho para actuar en el mundo jurídico. La ley 26.657 adecua la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte, además de las pautas de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre Discapacidad.

El Proyecto 2012, mantiene algunas pautas del Código de Vélez pero no desconoce los principios antes enunciados, en tanto derivan del derecho humanitario y la legislación citada. Así se menciona entre las personas” incapaces de ejercicio” a la que “no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo” y a la “persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión” (art. 24 P de.CC y C).

Así la “capacidad de imputación”, es decir para responder por los actos ilícitos, se mantiene en los diez años, y la “capacidad negocial” se disminuye a trece años (art.261, incs. b y c, P.de C C y C) ello sin perjuicio de reconocer facultades dispositivas referidas a la propia persona, con la influencia que esto tiene en el ámbito de la eventual responsabilidad derivada de la actividad de los médicos. Dentro de la menor edad, en atención a la capacidad progresiva, se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto a los tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; si son invasivos y comprometen su salud, pone en riesgo la integridad o la vida, se necesita la asistencia de los progenitores; el conflicto eventual entre ambos se resolverá teniendo en cuenta el interés superior del menor y la opinión médica. A

partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (P.de CC y C , art. 26).

En cuanto a la “restricciones a la capacidad jurídica” de las personas mayores de edad en general, se fija como regla, en consonancia con los principios referidos, que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31 incs. a y b, P. de CC y C).

c. Daño moral, extrapatrimonial, personal o no patrimonial: El Código civil, en materia de responsabilidad extracontractual, prescribe que la reparación del agravio moral está comprendida en lo que se “debe” a la víctima, a tenor de lo dispuesto en el art. 1078 C.C.; mientras que ante el incumplimiento contractual la norma pertinente señala que juez “puede” ordenar su reparación (art. 522 CC). No obstante aparecer que esta última es una facultad de ejercicio discrecional para el magistrado, la interpretación literal de la norma citada ha sido superada por doctrina y jurisprudencia y acreditado el agravio moral, éste debe repararse.

En cuanto a la legitimación activa en materia de responsabilidad extracontractual el Código civil, en la letra del art. 1078 CC, la limita a la víctima y, si del hecho hubiera resultado su muerte, “únicamente tendrán acción los herederos forzosos” a diferencia de la amplitud que confiere a la reparación del daño patrimonial (art. 1079 CC). La doctrina señaló y la jurisprudencia declaró la inconstitucionalidad de esta restricción y amplió el espectro de damnificados a los herederos aunque no concurrieran a la herencia, por ser herederos potenciales. Asimismo se reconoció derecho a indemnización a la concubina de la víctima; a los progenitores de menor que quedara en estado vegetativo; y además de las progenitoras de las víctimas, a la nieta del fallecido, entre otros casos, tal como repasaremos más adelante.

El Proyecto no señala al respecto diferencia alguna en cuanto a la responsabilidad derivada de los contratos o de los actos contrarios al deber general de no dañar pero, siguiendo este criterio de flexibilización, reconoce legitimación activa en materia de “indemnización de consecuencias no patrimoniales”, en primer lugar, a la víctima y si del “hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal según las circunstancias, los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivan con aquel recibiendo trato familiar ostensible...” (art. 1741 P. de CC y C). Volveremos sobre esto más adelante.

d. La responsabilidad por el hecho del otro, también tendría distinto tratamiento jurídico ya que el art. 1113 C.C. regula la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han entendido, buscando distintos fundamentos, que la aplicación de dicho artículo puede extenderse a los supuestos de responsabilidad contractual. En efecto, se destaca la existencia de los arts. 1561 y 1563 C.C. (referidos a la locación de cosas) y el art. 1631 C.C. (locación de obra); la ley de defensa del

consumidor (ley 24.240), por ejemplo.

Otras diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual resultan, por ahora, insalvables a tenor del texto del código civil.

a. Morigeración de la reparación: El Código civil, en materia de responsabilidad extracontractual, cuando el factor de atribución es la culpa (*cuasidelitos*), reconoce al juez la facultad de morigerar la indemnización (art. 1109 CC). Si se trata, en cambio, de un ilícito cuyo factor subjetivo es el dolo (*delitos*) (art. 1069, 2º párr. C.C.) no existe tal posibilidad. En materia de responsabilidad contractual la morigeración no es aplicable.

EL Proyecto que tratamos prevé en general la “*Atenuación de la responsabilidad*“. Dice el art. 1712 Pto. CCCU: “*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*”.

En materia de obligaciones la facultad de morigeración se refiere al supuesto de acumulabilidad del daño moratorio con el 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*” (Conf. Art.1747 P. de CC y C).

b. Solidaridad/ Mancomunación. El Código civil establece que la responsabilidad extracontractual impone la solidaridad entre autores, consejeros o cómplices (arts. 1109 y 1081 C.C). Por imperio de la ley, la víctima puede exigir la totalidad de la indemnización a cualquiera de los codeudores por ser solidarios (arts. 699, 701 y ss. C.C.).

El principio en materia de responsabilidad contractual, en cambio, es la mancomunación; es decir que salvo pacto en contrario (art. 701 CC), se podrá exigir a cada obligado sólo la parte que le corresponde (arts. 691, 692, 693 y ss. C.C.) .

EL P.de CCy C prevé una regla para la “pluralidad de responsables” (art. 1751) y para el “encubridor” (art. 1752). El encubridor responde en tanto su cooperación ha causado daño. Se señala que si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única se aplican las reglas de las obligaciones solidarias y si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes. El incumplimiento de las obligaciones de sujeto múltiple se rige por las reglas de las obligaciones alternativas (L III.; Tit.I.; Cap. 3º, Sec.3º).

c. Extensión de las consecuencias imputables al autor del hecho dañoso. En el código civil la responsabilidad extracontractual fundada en la culpa o dolo se extiende a las *consecuencias inmediatas y mediatas* (arts. 903 y 904 C.C.) y sólo alcanza las *casuales* si el autor las tuvo en miras (art. 905 CC). Por ejemplo, si se sabía que el obrar, habitualmente inidóneo para causar daño, lo producirá en el caso concreto por una especial debilidad de la víctima cuya fragilidad era conocida por el autor.

En el área de la responsabilidad contractual si se obrara con culpa, se responde por las *consecuencias inmediatas y necesarias* (art. 520 C.C.) y se actuara con “malicia” o dolo, se responderá hasta las *consecuencias mediatas*, (art.521 C.C.).

El P. de CC y C establece en su “Art. 1726: ...” *excepto disposición legal en contrario se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”.

Estas son definidas de igual manera a como lo hacen los arts.903 y 904 del CC, en el art. 1727 Pto.CCCU, intitulado: “*Tipos de consecuencias*”. Sin embargo, la propuesta discrimina la que llama “*Previsibilidad contractual*”, en el art. 1728: “*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*”.

d. Prescripción. En esta materia deben distinguirse la prescripción adquisitiva, objeto de estudio de la asignatura que se ocupa de los derechos reales, de la prescripción liberatoria vinculada a las obligaciones.

La prescripción liberatoria, tiene su raíz en la necesidad de dar seguridad a las relaciones jurídicas; la acción para reclamar el cumplimiento de lo debido se extingue y el deudor queda liberado de su obligación por la inactividad de su acreedor durante el lapso previsto por ley, conforme el art. 4017 CC, y se convierte deudor de una “obligación natural” (art. 515 inc. 2º CC).

Respecto a dicha prescripción el Código civil discrimina según el origen de la norma violentada. En la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción de la acción es de dos años desde el hecho dañoso a tenor de lo dispuesto por el artículo art. 4037 C.C. . Respecto a la responsabilidad contractual el plazo ordinario para la prescripción de la acción es de diez años (art. 4023 C.C.), salvo la existencia de plazos especiales menores (v.gr. arts. 4027/4035 CC)

El Proyecto del año 2012, en su Libro Sexto, referido a las Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales, trata de la Prescripción y en su Capítulo 2, se ocupa de la prescripción liberatoria. Señala que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible (art. 2554); que el plazo de prescripción genérico es de *cinco años* (art. 2560) y a continuación se fijan otros especiales.

II. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Los presupuestos o elementos clásicos de la responsabilidad civil o derecho de daños son los siguientes: antijuridicidad, daño, factores de atribución y relación causal.

Nos ocuparemos de cada uno de ellos de manera que pueda tenerse un panorama general de la institución. Su abordaje integral y profundizado excede el propósito y las posibilidades de este trabajo ya que es atendido por otra asignatura de manera especial.

Es dable señalar que el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 2012

se ocupa sistemáticamente de este aspecto de la materia, tal como lo hemos anticipado, en el Libro III, Título V, Capítulo 1, Sección 3ª al tratar la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Vale recordar que este aspecto fue el único especialmente desarrollado por Vélez Sarsfield en el Código civil.

1. ANTIJURIDICIDAD. Concepto.

El sentido que se asigna a este elemento de la responsabilidad civil resarcitoria es la de "ilicitud en sentido objetivo". Es decir, que resulta de la contradicción entre el hecho o la conducta, positiva o negativa, y el ordenamiento jurídico en su totalidad.

La antijuridicidad o ilicitud son expresiones sinónimas. Gran parte de la doctrina, entre quienes nos encontramos², considera que debe mantenerse como elemento del instituto la antijuridicidad o ilicitud (Bustamante Alsina; Pizarro-Vallespinos; Zavala de González; Mosset Iturraspe; Trigo Represas)

Según la perspectiva tradicional si lo violentado es una obligación nacida de un contrato o preexistente a su vulneración, se estará frente a la responsabilidad contractual; si lo desconocido es la ley en sentido material y amplio como "deber general de no dañar", la responsabilidad será extracontractual, según señalamos más arriba; en ambos casos encontramos la antijuridicidad pues tanto el "acto ilícito" como el "incumplimiento obligacional" son "antijurídicos". Ello tanto si se violenta una norma jurídica especial (antijuridicidad formal) o se desconoce el deber general de no causar daños (antijuridicidad material); es independiente de la voluntariedad y por ende, este elemento no atiende a la culpabilidad del autor.

Así la conducta ilícita, por acción u omisión comprende, por su objetiva confrontación con el ordenamiento jurídico, tanto los actos voluntarios como los involuntarios y debe abordarse desde la óptica civil con gran amplitud.

Ello pues se responde al principio constitucional del "*alterum non laedere*", "no dañar a los demás" según la fórmula de Ulpiano³ y, la protección se dispensa a todo interés no reprobado por ley, lo que encuentra su raíz en el art. 19 C.N., y se refiere a la unidad del ordenamiento por lo que éste se mira como un todo; lo que es contrario a una determinada rama del derecho lo es para todo el sistema.

El Proyecto de 2012 ha explicitado este presupuesto. Dicen las normas respectivas:

Art. 1716: "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*".

r

² Así lo sostuvimos en Bergoglio, M.T.-Bertoldi de Fourcade, M.V. La responsabilidad civil (Profesionales de la salud. Establecimientos asistenciales) Cba., Advocatus, 1991 y en "Clases de derecho civil. Parte general". "Presupuestos de la responsabilidad civil. Enfoque actualizado" con la colaboración de G. Rubio. Cba., Advocatus, 1996. Pag. 134 y stes..

³ Expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 05/08/86) en el "leading case", "Santa Coloma, Luis y otros c. Ferrocarriles Argentinos. JA.1986-IV-624".

Art. 1717. “Antijuridicidad. *Cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada.*”

En todos los casos será antijurídica la conducta de la persona carente de discernimiento, sea un menor de diez años o una persona afectada en su salud mental, que daña un objeto ajeno; el hecho no es lícito, aunque por su falta de voluntariedad sea inimputable y no deba responder ante el propietario. No obstante tal ilicitud objetiva podría determinar la procedencia de una reparación de equidad en los términos del art. 907 CC o art. 1718 y 1750 Proyecto y, en su caso, poner en acto la responsabilidad que involucra a los representantes legales del incapaz, sobre la que no se avanzaría si el acto fuera lícito.

Finalmente, entendemos que la antijuridicidad es un elemento de la responsabilidad civil que comprende todos los supuestos, cualquiera sea el factor de atribución aplicable (Pizarro y Vallespinos; Bueres, Bustamente Alsina).

Modalidades de la conducta antijurídica.

La conducta contraria a derecho puede ser positiva o negativa, como anunciamos. Lo trascendente es que se contravenga el orden jurídico como un todo, ya sea desconociendo una explícita prohibición o mandato o vulnerando el genérico y flexible principio de no dañar. Se entiende que también existe antijuridicidad cuando se transgreden valores o principios jurídicos (Zavala de González).

Las formas de actuar pueden ser por comisión, mediante hechos positivos o negativos, o por pura omisión.

a) La *conducta antijurídica o comisión por hechos o por actividad* (art. 1073 CC) supone *hacer lo prohibido*: matar; lastimar; ofender la dignidad o libertad, etc.. Ello puede concretarse por *hechos positivos*, como golpear y determinar la pérdida de un órgano; suministrar veneno y matar a la víctima; destruir un objeto de otro, etc..

También es conducta antijurídica la que “*hace lo prohibido*” *no haciendo*: tal es la “comisión por omisión”. Por ejemplo, es matar omitiendo alimentar, o no suministrar medicación, etc.

b) La *omisión pura*, en cambio, supone “*no hacer lo debido*” (art. 1074 CC). Esta hipótesis es difícil de discriminar; supone tener una obligación de actuar y se debe reparar cuando se omite el hecho debido. Es frecuente en el ámbito obligacional pues puede incurrirse en incumplimiento simplemente con no cumplir la prestación. En el ámbito extracontractual, en cambio, desde el punto de vista restringido, se piensa en el supuesto del abandono de persona u omisión de auxilio (art. 108 CP)⁴. Por ejemplo,

r

⁴ Código Penal. Art. 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio

cuando no se ayuda a un niño desamparado o a una persona herida pudiendo hacerlo sin riesgo personal.

El Proyecto de Código unificado destaca la obligación de prevenir el daño por lo que las omisiones tienen una nueva dimensión. En efecto, como dijimos más arriba, se dispone que *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado”* y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud y no agravarlo si ya se produjo. Para lograrlo, quienes acrediten un interés razonable, podrán recurrir a la acción preventiva, cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción, continuación o agravamiento de un daño (Conf. arts. 1710,1711 y 1712 del Proyecto).

Exclusión de la antijuridicidad: Causas de justificación.

La antijuridicidad entonces, se presume de todo acto, positivo o negativo, que cause daño y no esté justificado, como recoge la propuesta de 2012 en su art.1717, al afirmar que *“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”*.

Es decir que ante un resultado dañoso, la conducta deberá justificarse para salir del área de lo ilícito. El mecanismo es demostrar la existencia de una “causa de justificación”. En la actualidad éstas se encuentran en distintos cuerpos normativos y por la unicidad de orden jurídico tienen efecto en todas las ramas del derecho. El art. 34 del Código Penal produce sus efectos también en lo civil. Las causas de justificación previstas son:

a) *Cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo* (art. 34 inc. 4 C.P.). Por ejemplo, es el caso del policía que priva de la libertad a quien está alterando el orden en la vía pública.

b) *Estado de necesidad*. Cuando se causa un daño para evitar otro mayor, inminente y grave, al que se ha sido extraño (art. 34 inc. 3 C.P.). Por ejemplo, quien rompe el vidrio ajeno para salvar a una persona de un incendio, o quien no cumple un contrato por atender a alguien que se encuentra en peligro de muerte, a raíz de un accidente.

En cuanto al resarcimiento de los daños producidos en estado de necesidad, la doctrina ha elaborado distintas respuestas: Para algunos autores (Buteler y Beascoechea de Gáname) la reparación posible se funda en el principio de equidad, por aplicación analógica del art. 907, 2º párr. C.C.. Otra posición sostiene que la reparación del daño necesario se funda en el principio de enriquecimiento sin causa y es aplicable si se dan sus presupuestos. Diferente opinión afirma que tal daño no tiene previsión legal de reparación por lo que no habría sustento autónomo para su procedencia judicial como hipótesis diferenciada y se requeriría una norma específica.

necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.(Ley N° 24.286/1993)

c) *Legítima defensa*. Es cuando se causa un daño para repeler una injusta agresión (art. 34 inc. 6 C.P.). La mayoría de la doctrina entiende que el agresor no tiene derecho a reparación alguna. Distinto es el caso del tercero neutral que se ve perjudicado, por lo que se deberá analizar “in concreto” cada supuesto. No se considera reparable si la responsabilidad del autor se funda en causas de inculpabilidad, a menos que exista enriquecimiento sin causa.

En el Código Civil también encontramos una causa genérica de justificación en el art. 1071 primer párr. C.C., al expresar que el “*ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto*”.

Sin embargo, la conducta que lo desnaturaliza convierte al ejercicio del derecho en abusivo y, por lo tanto, en antijurídico. Según la norma citada, ello sucede cuando se contrarían los fines que tuvo en miras para reconocerlos, o se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071 segundo párr. C.C.). El ejercicio abusivo de los derechos se manifiesta en numerosos supuestos. Por ejemplo, es antijurídica por abusiva la conducta del médico que escudándose en el ejercicio de su función y por un período innecesario mantiene desvestido al paciente, en una sala hospitalaria pública y a la vista de extraños, con lo que afecta el derecho de la intimidad del paciente (Bertoldi de Fourcade).

Las causas de justificación no excluyen la obligación de reparar si el factor de atribución es objetivo porque se refieren a “conductas”.

El Proyecto de Código unificado se ocupa de explicar cuándo un hecho está justificado y como vimos son las causas aplicables en nuestros días. Tales pautas responden a los criterios enunciados y, como están expresamente mencionadas en su texto, recurrimos a ellas para facilitar su comprensión.

En primer lugar se sindicó al “consentimiento”; se dice que “*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*” (Art.1720 P.de CC y C). En efecto, el consentimiento en materia disponible siempre ha “borrado” la ilicitud del acto que apareciera como ilícito. Piénsese, por ejemplo, el valor del consentimiento en los derechos disponer del propio cuerpo, a la imagen o a la intimidad, a la integridad física, o en la práctica de ciertos deportes que implican algún riesgo. El proyecto recoge criterios ya reconocidos por el legislador en otras áreas (vgr., trasplantes de órganos, derechos del paciente) e impone la obligación previa de informar de modo que el consentimiento se preste libremente y con acabado conocimiento de sus consecuencias. El consentimiento libre y consciente autoriza su efecto justificante.

Las *causas de justificación* clásicas, contenidas en el art. 1071 CC y 34 CP repasadas son mencionadas expresamente por el Proyecto 2012 (art. 1718), el que brinda respuesta a las diferencias doctrinarias antes reseñadas; así se señala que “*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” y en el caso de estado de necesidad “se prevé que, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo” respondiendo a las hesitaciones mencionadas.

En todos los supuestos referidos el acto aparenta ser contrario a derecho pero no lo es objetivamente, pues las causas de justificación convierten en lícitas conductas formalmente ilícitas.

III. DAÑO RESARCIBLE. Concepto e importancia.

Este es el verdadero presupuesto de la responsabilidad civil; define la institución desde sus funciones preventivas, sancionatoria disuasiva y resarcitorias ya que en las dos primeros casos se intenta evitarlo en su existencia o efectos y en la función resarcitoria alcanza su mayor trascendencia al procurar “volver las cosas al estado anterior” o compensar los perjuicios sufridos.

"El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria; sin que exista perjuicio no hay responsabilidad civil, lo cual no es más que una aplicación del principio más general, según el cual sin interés no hay acción. Es que el problema de la responsabilidad civil recién puede plantearse cuando existe un daño, ya que sólo en presencia de éste el jurista estará en condiciones de indagar si el mismo fue provocado (relación casual) infringiéndose un deber jurídico (antijuridicidad) y culpablemente (imputabilidad)" (Trigo Represas- López Mesa) o por otro factor objetivo, podemos agregar.

El Código civil señala que: *“No habrá hecho ilícito punible a los efectos de este código, sino hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar”* (art.1067 CC).

Dejando de lado la literalidad del texto, por la referencia a la “punibilidad”, la posición es bien clara: no hay responsabilidad civil sin daño.

Es el presupuesto esencial de la responsabilidad civil o derechos de daños; es decir que si no hay daño es superfluo indagar los otros elementos; *“No hay responsabilidad penal sin delincuente; No hay responsabilidad civil sin víctima.”* Por lo tanto la importancia de su determinación radica en que fija los límites de la obligación de reparar y del derecho a ser resarcido.

De allí que el concepto de responsabilidad civil se haya delineado a partir de su función resarcitoria e, incluso, se la haya denominado por este elemento como “derecho de daños”. El inicial principio que apuntara a resarcir sólo el “daño injustamente causado” se ha ampliado y la responsabilidad se dirige especialmente a proteger a la víctima del “daño injustamente sufrido”.

2. Diversos Alcances. En cuanto a la noción de “daño” puede ponerse el acento en el derecho lesionado o en la consecuencia de dicha lesión.

En una perspectiva, que compartimos[§], se afirma que “daño” es “todo menoscabo o disminución disvaliosa del acervo patrimonial o moral de una persona” (arts. 1068, 1077, 1078 y 1109 CC). De tales expresiones se ha colegido que el daño es, a los fines reparatorios, la consecuencia de la lesión a los derechos e intereses de los que es titular la víctima, tanto en sus aspectos patrimoniales como no patrimoniales. Se entiende, entonces, que el daño se verifica en las consecuencias de la lesión al derecho o interés amparado por el derecho y no en la lesión misma (Pizarro-Vallespinos; Zavala de González, Orgaz, Bertoldi de Fourcade).

Otra posición identifica el daño con la “lesión a un derecho subjetivo”, patrimonial o no patrimonial; por lo tanto, se estima que la naturaleza del derecho lesionado determina el daño (Brebba). Sin embargo ello no es imprescindible en tanto de afecciones a derechos no patrimoniales pueden resultar perjuicios de naturaleza patrimonial o a la inversa

Una corriente que amplía la noción en cuanto al alcance de lo tutelado, sostiene que “daño” es la “lesión a un derecho o a un interés no ilícito” o “jurídicamente tutelable” (Bueres; Zannoni). El Proyecto de Código unificado de 2012, asume el último criterio en tanto define al “daño resarcible” como la lesión *“a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”* (art. 1737 P.de CC y C). De este modo se abarcan no sólo los derechos sino también los “intereses aprobados” por el ordenamiento jurídico en general o dicho, en su fórmula negativa, “no reprobados” por éste.

Al identificar al daño-lesión debe referirse necesariamente, como otro apartado, a la “indemnización”, que alude a la reparación de las *consecuencias* de la lesión al derecho (esto es lo que llamaríamos “daño resarcible” en nuestro parecer). La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio, lucro cesante y pérdida de chances e *“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”* (art. 1738 P. de CC y C).

Al respecto, quien coincide con lo propuesto, ha dicho: “No cabe duda de que el interés es el núcleo básico, no sólo para activar la tutela resarcitoria sino también para poner en marcha las tutelas inhibitoria y restitutoria” y se entiende “que el daño se indemniza por las secuelas, por las consecuencias. No existe la posibilidad de resarcir objetivamente un perjuicio por la sola actividad dañosa” (Bueres).

Entendemos que, de todos modos, no puede prescindirse de los dos aspectos reseñados; más allá de las disquisiciones teóricas, la función reparadora de los daños se centra en el resarcimiento de las consecuencias de la conducta ilícita que ha lesionado derechos o intereses que ameritan la tutela del derecho; es decir el daño “injusto” que no debe ser

[§]En los trabajos mencionados en la nota 19.

soportado por quien lo sufriera. Ello pues no todos los padecimientos son “daños en sentido jurídico”; por ejemplo, los gastos realizados para preparar una materia que se reprueba, el desengaño afectivo por el amor no correspondido, no son jurídicamente relevantes en tanto deben ser asumidos por quien se siente damnificado.

3. Requisitos.

Para que proceda la indemnización se deben reunir los requisitos generalmente aceptados en doctrina y jurisprudencia. Tales son que el perjuicio debe ser *cierto*, es decir existente y actual o futuro con relación al proceso, pero debe darse certidumbre o probabilidad cierta de su existencia por lo que se descarta el daño eventual o hipotético. Así, es actual el daño producido por la necesidad de adquirir una prótesis ante la pérdida de un miembro de un niño y, futuro será el costo que se producirá por su remplazo como consecuencia del crecimiento del damnificado.

Debe ser *personal* del reclamante, por lo que el daño puede ser directo o indirecto (art. 1079 CC), según lo reclame la víctima inmediata de la agresión (dueño del automotor chocado; quien padeció un golpe que determinó costos de sanatorio) o indirecto, cuando otras personas hayan sufrido consecuencias desvaliosas sobre bienes propios (como cuando a raíz de la lesión al obligado alimentario su acreedor no puede percibir lo debido). No pueden reclamarse como propios perjuicios sufridos por terceros; ello no significa que sólo deba sufrirlo un damnificado ya que pueden afectarse, además, intereses comunes o de determinada categoría de personas.

Por otra parte, el daño debe ser *serio*, pues al reclamarse una reparación por la lesión a un derecho o interés individual, el perjuicio no debe ser insignificante ya que ello no amerita la puesta en marcha del proceso; a menos que estemos en el ámbito de las llamadas “pequeñas causas” o “justicia vecinal” que también merecen atención mediante mecanismos procesales idóneos para el efectivo acceso a la justicia.

Finalmente, el daño debe ser *subsistente*, por no haber sido reparado por el obligado. En esta última situación no se comprende el supuesto en el que quien satisface la pérdida es la compañía de seguros contratada por la víctima; en tal caso, la obligación subsiste para el responsable pues la causa de la obligación, que determinara la cobertura del perjuicio, se encuentra en el contrato celebrado entre el damnificado y la compañía de seguros, la que puede subrogarse en el lugar del beneficiario y dirigirse contra el autor del daño.

El Proyecto de Código unificado señala “Requisitos” y se dice que: “*Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.*” (art.1739).

Incorpora, expresamente, la pérdida de la “*chance*“, creación doctrinaria y jurisprudencial que amerita un reconocimiento legislativo. Esta situación supone la reparación de la frustración de una oportunidad verosímil de obtener una ventaja o de

impedir una pérdida, frustración cierta y seria que pueden afectar aspectos patrimoniales o morales de la persona. Por ejemplo, cuando el hecho ilícito impide presentarse a una audición para elegir los cantantes de una obra o participar de un concurso académico, circunstancias en las que se tenía “razonable” probabilidad de obtener reconocimiento patrimonial o de otra índole y siempre que el obstáculo haya tenido impacto causal en la privación de la oportunidad.

Es dable advertir que tales exigencias no distinguen, por lo que se predicen tanto del daño patrimonial como del daño no patrimonial, también designado como extrapatrimonial o moral o personal.

4. Forma de reparación y atenuación.

El Código civil velezano consagra el principio de reparación “*in natura*” (en especie) y “plena”. Así el art. 1083 CC señala que: “*El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero*”.

El Proyecto de código unificado mantiene el principio pero invierte la regla, de acuerdo a la experiencia. Se propone que: “*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 intimidación 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*” (art. 1749 P. de CC y C)

La reparación plena, en el Proyecto, admite supuestos de limitación por razones de equidad (art. 1742), tal como es posible que lo disponga el juez en los actos ilícitos culposos en el Código Civil (art. 1069 2º párrafo CC).

También se aceptarían fórmulas de limitación convencional, como sugería la lectura a “contrario sensu” del art. 507 del Código civil que, si bien no admite la dispensa de la responsabilidad por dolo, no la prohíbe; por lo tanto podrían aceptarse si se trata de incumplimiento culposo en materia de derechos disponibles. En contra de esta lectura, sin embargo, se han pronunciado Pizarro y Vallespinos.

El Proyecto que estudiamos, en su art. 1743, prevé la “Dispensa anticipada de la responsabilidad” y expresa: “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.” Sin embargo, están especialmente prohibidas en ciertos contratos (v.gr., transporte de personas, depósito en hoteles o similares, servicios de caja de seguridad).

Clases de Daños.

El Código Civil consagra dos categorías de daños a las que debe atender la reparación: el patrimonial y el moral. Al primero se refieren los arts. 519, 1068 y 1069 CC y al daño moral aluden los arts. 522 y 1078 CC y la propuesta de 2012 los aborda como indemnización en los arts. 1738 y 1741.

a) DAÑO PATRIMONIAL. Concepto. Elementos. Clases. Requisitos. Casos especiales.

a.1. Concepto. Es también llamado “material” o “extrapersonal”. El código civil, expresa en su Art. 1.068: “ *Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.*”

Los daños patrimoniales son aquellos en los que se produce un detrimento o disminución de bienes que admiten valoración pecuniaria, ya sea por afectar directamente el patrimonio o por afectar derechos en sí mismos no patrimoniales pero cuyas consecuencias tienen incidencia en este aspecto.

a.2. Clases y requisitos.

La enunciación referida nos permite una primera distinción.

Daño directo: Tales son los daños que inciden directamente en el patrimonio; son los que producen la pérdida o deterioro de una cosa o la disminución de su valor, suponen el desembolso de valores pecuniarios, o la asunción de deudas, etc.. Por ejemplo, los daños sufridos en el automotor debidos a una colisión y los gastos realizados para alquilar otro; la pérdida de una suma de dinero como consecuencia de un asalto, etc..

Daño indirecto: Es el que recae inmediatamente sobre la *persona* pero ello impacta en el *patrimonio* de modo que la lesión a un derecho no patrimonial determina una consecuencia dañosa de orden pecuniario. Por ejemplo, quien realiza gastos para rehabilitarse luego de ser atropellado por un automóvil, la persona que es desfigurada como consecuencia de una mala práctica médica y pierde su trabajo como modelo fotográfica; los honorarios profesionales que se deben al psiquiatra para superar la “*sinistrosis*” padecida por haber sido víctima de un hecho delictivo; los ingresos que se pierden para el profesional desacreditado por injurias al ser abandonado por sus clientes.

El proyecto también recepta es distinción, aunque con expresiones diferentes (art. 1738 P.de CC y C).

Los requisitos son los comunes a todos los daños que ya mencionamos. Es decir, *cierto, personal, serio y subsistente.*

a. 3. Elementos del daño patrimonial.

Los elementos del daño patrimonial, sea directo o indirecto, están enunciados en el Código civil tanto en el orden contractual como extracontractual.

En el primer ámbito dice el art. 519 CC: “*Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inajecución de ésta a debido tiempo.*”

En el segundo aspecto se refiere a ello el art. 1.069 CC, primer párrafo, en los siguientes términos: “*El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses..."*”.

De dichas normas se pueden discriminar los elementos del daño que son:

El daño emergente: que es el perjuicio efectivamente sufrido. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se cubren los costos de traslado y arreglo del automóvil roto en la colisión; los honorarios médicos y los medicamentos necesarios para recuperar la salud, etc..

El lucro cesante: que es la ganancia frustrada como consecuencia del hecho ilícito. Por ejemplo, la pérdida de los ingresos futuros como consecuencia de haber debido dejar el automóvil que se utiliza como taxi en el taller para su reparación; los honorarios no percibidos como consecuencia de la pérdida de la clientela por la difamación, etc.

En el Proyecto 2012 estos elementos se reconocen como “*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*” (Art. 1738).

En los hechos pueden producirse ambos o sólo alguno de estos aspectos, tanto desde la perspectiva del daño directo como indirecto, que hemos mencionado. Así, por ejemplo, existirá sólo daño emergente si la persona puede seguir trabajando; o se dará sólo lucro cesante, si quien fue calumniado no tiene gastos actuales pero se encontró impedido de continuar obteniendo ganancias.

a.4. Casos especiales.

El Código civil, discriminando la responsabilidad contractual de la extracontractual y en ésta últimas distinguiendo los delitos y los cuasidelitos, fijó los criterios rectores en materia de responsabilidad civil reparatoria y, asimismo, se ocupó de regular situaciones especiales referidas a los delitos civiles contra las personas (arts. 1084 a 1090 CC) y contra la propiedad (arts.1091 a 1095 CC) al describir las formas de reparar los daños causados en cada caso.

Corolario de la experiencia y para superar las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales, el proyecto de Código civil y comercial unificado, trata situaciones especiales. Además, de la pérdida de la “*chance*“, en general, que ya repasamos (art.1739), trata de la indemnización por fallecimiento en la que también es considerada

la pérdida de la chance por ayuda futura ante la muerte del hijo o persona bajo guarda (art. 1745). A su vez, la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica permanente, total o parcial, se prevé como renta de un capital que cubra la disminución sufrida para realizar actividad productiva y que se agote en el término en el que razonablemente pudo continuar realizándolas.

Por otra parte, al unificarse la responsabilidad contractual y extracontractual esta sección también se pronuncia sobre la admisibilidad de la acumulación del daño compensatorio con el moratorio (art. 1747) y señala el inicio del curso de los intereses cuando se produce cada perjuicio (art. 1748).

b) DAÑO MORAL. Concepto. Caracteres. Fundamento

El daño moral, también es llamado “agravio moral”, “extrapatrimonial”, “no patrimonial”, “daño a la persona”, “no económico” o a la “integridad espiritual”.

El Código civil fue adelantado a la época en su reconocimiento. Así se lo hace en materia de responsabilidad contractual en el Art. 522 CC, que expresa: *“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”*

En el ámbito extracontractual se dice: *“Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competereá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*.

La revalorización de la persona humana en el derecho obliga a tener en consideración su total dimensión sea física, psíquica, espiritual, cultural y social. Por ello este “daño” se configura por todo detrimento o menoscabo del acervo moral de la persona, entendido en su más amplio sentido y se funda en la uniformidad y esencialidad de la naturaleza humana. Se ha dicho que el daño moral compromete lo que el sujeto “*es*” en tanto el daño patrimonial lesiona lo que la persona “*tiene*” (Zavala de González)

Las diferentes tendencias doctrinarias y jurisprudenciales que se advierten en materia de daño en general se dan en este caso. Una corriente de pensamiento ha señalado que existe daño moral cuando se conculcan los “derechos personalísimos”; ello desconoce que la lesión a otros derechos también puede afectar intereses de índole extrapatrimonial. En otra tesitura, más amplia, se sostiene que si se afecta negativamente a la víctima en sus aspectos no patrimoniales y su subjetividad es perjudicada puede verificarse daño moral. Una última posición no desconoce que la lesión a derechos o intereses de naturaleza no patrimonial puede generar daño patrimonial pero afirma que sin una consecuencia disvaliosa en esa área de la persona

no existe reparación posible. Asimismo, de la afectación a derechos o intereses no patrimoniales pueden resultar perjuicios de naturaleza patrimonial o a la inversa.

Compartimos que la disminución o modificación perjudicial de las potencias espirituales y sociales de la persona (entender, querer y sentir) caracteriza al daño moral. En efecto, se ha dicho que ello se “*traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho*”, y es su consecuencia perjudicial (Zavala de González). Esta percepción incluye todas las dimensiones del ser humano y va más allá de los padecimientos conscientes, pudiendo incluso entenderse resarcible la pérdida de la aptitud para pensar, decidir o actuar y la frustración del proyecto de vida. Por lo tanto, podrá reclamar reparación quien ha perdido la conciencia en forma definitiva o alguna de sus facultades (por ejemplo, la memoria o la visión) o tiene temores, fobias, inseguridades o perturbaciones que afecten su vida de relación, su personalidad y el sentimiento de autovaloración, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, el equilibrio espiritual que existía con anterioridad al hecho, etc. tal como lo ha señalado la jurisprudencia.

Reiteramos que la función reparadora de los daños se centra en el resarcimiento de las consecuencias perjudiciales de la conducta ilícita en tanto ha lesionado derechos o intereses no contrarios a derecho, patrimoniales o no patrimoniales.

En este sentido se ha afirmado que “*la ponderación amalgamada de ambos componentes permitirá (...) brindar respuesta satisfactoria a las distintas cuestiones que la aplicación de la figura requiere*” (Pizarro- Vallespinos)

b. 1. Requisitos.

El daño moral es extrapatrimonial y autónomo del daño material en lo conceptual y funcional; puede ser directo o indirecto, según se lesione a la persona o aspectos patrimoniales que tengan repercusión en lo personal; persigue la reparación plena y, aunque por sus particularidades no siempre pueda “volverse al estado anterior”, por vía del dinero se procura una compensación sustitutiva de lo padecido.

Los requisitos son los comunes a todos los daños que ya mencionamos. Es decir, que el daño no patrimonial debe ser *cierto, serio* al no evidenciar una excesiva susceptibilidad de quien lo alega; y *subsistente* conforme hacemos explicado más arriba.

Las particularidades del daño moral se dan en materia del requisito de la *personalidad* del reclamante, pues debe invocarlo el damnificado directo o indirecto en ciertos casos ya que las legitimaciones han sido recortadas por la legislación vigente.

Dice el art.1078. “*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*”.

Las concepciones doctrinarias y su impacto en la jurisprudencia y en el Proyecto 2012 han ampliado las posibilidades de legitimación activa, al interpretar la norma con mayor amplitud y la ha reconocido a otras personas ante la muerte de la víctima mediante la interpretación extensiva del texto legal o la declaración de su inconstitucionalidad.

Así se ha dicho que “corresponde asignar una interpretación amplia a la mención 'herederos forzosos' que hace el art. 1078 del Cód. Civil, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios potenciales, aunque -de hecho- pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado”⁶. A partir de ello se ha reconocido legitimación para reclamar a la madre de la víctima fatal de un accidente pese a la existencia del cónyuge e hijos de la occisa; al nieto del fallecido; a la abuela de la víctima directa, a los hermanos, etc.. Es decir que se ha entendido que el art. 1078 del Cód. Civil se vale del orden sucesorio sólo para circunscribir la legitimación de los legitimarios, mas no para desplazar un heredero por tener otro un mejor derecho de acuerdo con las reglas del derecho sucesorio; es entendido como “un parámetro técnico orientado a enunciar los posibles damnificados indirectos, requiriendo de una interpretación lo suficientemente amplia como para posibilitar soluciones justas que respeten la letra y el espíritu de la ley”⁷.

Asimismo se ha ampliado la legitimación activa más allá de los herederos, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la limitación de la norma del art. 1078 CC; ello, con relación a la concubina, por entenderse que la restricción viola la protección integral de la familia en su concepción constitucional actual así como la igualdad en la reparación integral de los daños (arts. 14 bis y 16 CN; arts. 17, 21, 27 y ctes. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 10 y 23 del "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales" y "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y doctrina emanada del art. 1079 C.C, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil en aspectos materiales).

También se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto no reconoce a los padres legitimación para reclamar, como damnificados indirectos, el daño moral derivado de las lesiones sufridas por un hijo que le producen incapacidad absoluta, con fundamento en que se violenta el derecho de reparación integral del daño, vulnera el principio de igualdad, y lesiona el principio de la protección integral de la familia⁸. Lo dicho es sin perjuicio de reconocer, a quien sobrevive en estado de inconsciencia, la posibilidad de reclamar el daño moral derivado de la pérdida de sus facultades a título propio por intermedio de los curadores que se le designen.

Siguiendo propuestas anteriores y los fallos que dictaminaron la inconstitucionalidad de las restricciones a los reclamantes, el proyecto de 2012, además del damnificado

⁶CSJN, 12/09/1993, La Ley, 1994-C, 54

⁷TJSJ Córdoba, Sala Penal, 27/10/1999, LLC, 2000-1330.

⁸CSJ.Bs.As., 2007.

directo, reconoce en caso de muerte o gran discapacidad de la víctima, que pueden reclamar a título personal "el cónyuge, ascendientes, descendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible"(art. 1741 P. de CC y C).

También puede entenderse indirecto y reparable el daño moral padecido como consecuencia del ataque a bienes patrimoniales cuando su desaparición o deterioro produce afecciones de orden no patrimonial en la persona; tales son, por ejemplo, el padecimiento que supone la pérdida de un bien con valor afectivo o histórico, la afectación de la paz familiar como consecuencia de la destrucción o deterioro serio de la vivienda en la que se desarrolla la vida de la familia, etc..

Pueden ser demandados , como legitimados pasivos, en una acción por daño moral, el que responde por el hecho propio y quien lo hace por un hecho ajeno -principal por el dependiente, padres, curadores o tutores por el hecho del hijo o pupilo-, las personas jurídicas por el ilícito cometido por quienes la dirigen o administren, el dueño o guardián de la cosa -sea el perjuicio causado 'con' o 'por' la cosa- por los daños causados por ésta, quien debe responder en función de una indemnización de equidad, también el autor del hecho, sus consejeros o cómplices, los sucesores universales de los legitimados pasivos y el asegurador del responsable en la medida del seguro.

b.2. Forma y extensión de la reparación. Casos especiales según el bien lesionado.

La indemnización por tal daño tiene carácter resarcitorio, conforme la moderna doctrina y jurisprudencia, y no es sancionatorio, tesis prácticamente abandonada⁹.

La reparación de daño atiende a la medida del perjuicio sufrido y, generalmente, se apoyará en presunciones a tenor de lo común de la naturaleza humana; sin embargo, la presunción que resulta de lo que acontece habitualmente puede ser destruida por prueba en contrario o, si se tratara de supuestos en los que la relación que determinaría el daño no se presume por su proximidad de parentesco o existencia de vínculo jurídico, deberá demostrarse por cualquier medio de prueba.

Para cuantificar la indemnización por daño moral no es importante la génesis del perjuicio, pues procede incluso ante daños causados por actos lícitos. A los fines de su determinación se tendrán en cuenta los padecimientos sufridos como consecuencia del acto lesivo y las secuelas resultantes en el ámbito espiritual, psicológico y social (angustias y dolores por intervenciones quirúrgicas, rehabilitaciones, lesiones estéticas, incertidumbres laborales, restricciones a la vida afectiva y social, a la autoestima, afectación de la consideración en el medio, etc.) conforme las condiciones personales de la víctima.

r

⁹ V.gr. CSJN, 7-9-89, Forni c/ Ferrocarriles Argentinos; Frida c/ Prov. de Bs. As.; "Badiali", fallos 308:698)

Las modificaciones sufridas en los diversos aspectos de la persona servirán para establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido ya que, a partir de evaluar las consecuencias perjudiciales que puede provocar el hecho en el común de las personas, debe atenderse a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa. Es decir que la determinación de la indemnización por daño moral no está sujeta a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación del juzgador.

En este sentido el Pto.CCCU señala que; “*El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*” (Art. 1741 “*in fine*”).

Pese a las diferentes designaciones como *daños a la persona* (salud, biológico, a la vida de relación, existencial, a la tranquilidad familiar, al proyecto de vida, etc.) en nuestro derecho sólo existen el daño resarcible patrimonial o extrapatrimonial, sea directo o indirecto, según que las lesiones al derecho recaigan en una disminución de aspectos pecuniarios o morales de lo que es titular el sujeto. Es dable advertir, por lo tanto, que las consecuencias pecuniarias del ataque a tales aspectos de la persona caerán en la órbita del daño patrimonial indirecto, si tienen traducción pecuniaria por sí, y los aspectos no patrimoniales (neurosis, fobias, angustias, depresiones, desinhibiciones disfuncionales, etc.) en la del daño moral pues no se trata de categorías que puedan fragmentarse.

En cuanto a la posibilidad de que la persona jurídica reclame por daño moral, parte de la doctrina sustenta que puede requerir resarcimiento por ser titular de derechos como el honor, libertad de acción, a la seguridad personal, a la intimidad, a la protección de los valores de afección y al derecho moral del autor (Brebbia); otra corriente entiende que no puede padecer “daño moral”, toda vez que la protección que se le dispensa apunta a la consecución de objetivos patrimoniales, aunque sean altruistas y que “no hay un soporte vital propio y autónomo” o “existencial” (Pizarro-Vallespinos, Trigo Represas, Bustamante Alsina, Bueres, Zavala de González). En una posición intermedia, se sostiene que el daño moral procedería cuando la persona jurídica no persigue lucrar, como sucede con las fundaciones, aunque se limita el resguardo al buen nombre o fama (Cifuentes). La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰ sostuvo que la persona jurídica carece de aptitud para ser víctima del daño moral.

5. Prueba del daño.

Finalmente la prueba del daño corresponde a la víctima; ello sin perjuicio de que existen situaciones en las que éste se presume “*juris tantum*” (arts. 622, 1084, 1078 cc), lo que supone que la presunción de su existencia puede ser quebrada por prueba en contrario. Asimismo, por aplicación del principio de la “carga dinámica de la prueba”, la

¹⁰ CSJN, 'Kasdorf S.A. c. Provincia de Jujuy' del 24/02/90 de la La Ley, 1991-A, 50 - JA, 1990-IV-275

jurisprudencia se inclina por los criterios de cooperación y solidaridad procesal por los cuales debe probar quien esté en mejores condiciones de hacerlo.

El proyecto señala 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”*(Art..1744 P.de CC y C).

Ciertos daños se presumen legalmente. Tal sucede actualmente, con las presunciones de “*juris tantum*” previstas por los arts. 622, 1078, 1080, 1084 CC.

La primera de estas normas se refiere a los intereses que deben los deudores morosos. Son intereses moratorios o punitivos los que el deudor debe por retener un capital después de la fecha en que debía devolverlo, y ellos representan la indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor en las obligaciones de dar sumas de dinero. El acreedor no necesita probar que el retardo le ocasionó perjuicios, porque la ley estima que esos perjuicios son inevitables, forzosos y automáticos, porque no pudo disponer oportunamente de un capital productor de frutos, salvo que se pruebe que su mora se debió a caso fortuito o fuerza mayor.

El daño moral, en principio, debe ser probado por quien reclama su reparación. En numerosos casos, sin embargo, surgirá la existencia del daño *“in re ipsa”*; es decir, que lo dañoso resultará acreditado del hecho mismo y sus consecuencias al devenir del *“curso natural y ordinario de las cosas”*; es decir que generalmente se presumen. Tal sucede, por ejemplo, cuando se lesionan derechos de índole puramente subjetiva como el derivado de la muerte de un hijo o de un familiar muy cercano, de la pareja o cónyuge o de haber crecido sin filiación paterna.

Sin embargo, quien es demandado podría demostrar que no se ha ocasionado ningún perjuicio en los aspectos espirituales del accionante; por ejemplo, probar que la madre que reclama la reparación por la muerte de la hija menor fue abandonada a su respecto y que no tenía vínculo afectivo alguno que justificara atender a la pérdida como daño moral; demostrar que los miembros de la pareja o los cónyuges se encontraban separados y enemistados desde largo tiempo atrás; si no se pudiera demostrar que el padre alegado conoció la existencia del hijo antes de la notificación de la demanda o resultara que fue la progenitora quien ocultó la filiación paterna al hijo, no prosperará la demanda por daño moral por falta de reconocimiento contra el finalmente declarado padre, entre otras hipótesis.

El art. 1080 CC, contempla una hipótesis especial ya que dicha norma expresa: *“El marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por las injurias hechas a la mujer y a los hijos”*.

El Art. 1084 CC determina que en caso de homicidio, *“el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de*

satisfacerla”. La presunción de que los sobrevivientes que se mencionan han quedado privados de lo necesario para subsistir podrá quebrarse demostrando lo contrario.

IV. FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. .

Los factores de atribución aluden al *fundamento de la obligación de responder*; es decir al “*por qué*” se debe reparar el daño. Se dice que es el “elemento axiológico o valorativo” (Bustamente Alsina; Pizarro-Vallespinos; Zavala de González;) en cuya virtud el ordenamiento jurídico dispone que alguien se haga cargo de las consecuencias dañosas.

Es decir que, a partir de su consideración, se determina si la conducta o el resultado se puede imputar al autor (responsabilidad directa) o a otra persona que se sindique como obligado, lo que sucede cuando el agente del daño no debe reparar o no es el único obligado a hacerlo (responsabilidad indirecta). De este modo se fijan condiciones mínimas que hacen que el hecho sea atribuido a quien soporta las consecuencias.

Los factores de atribución pueden ser de dos clases: subjetivos u objetivos

La responsabilidad civil fue, originariamente, modelada por el pensamiento *ius filosófico* del individualismo liberal y del *ius naturalismo racionalista*; nuestro Código Civil exhibía una rígida concepción subjetivista, cuyo exclusivo factor de atribución de responsabilidad estaba basado en el apotegma: “*No hay responsabilidad sin culpa*”. Por ello la mira del legislador y del juez se centraba en el victimario. Como principio, éste estaba obligado a reparar el daño causado si se acreditaba lo injusto de su causación y lo reprochable de su conducta.

Sin embargo, la transformación de las circunstancias fácticas (el industrialismo, las concentraciones urbanas, el desarrollo tecnológico, la trascendencia de las personas jurídicas en el tráfico jurídico, la necesidad de proteger al vulnerable), motivó a buscar soluciones ante la insuficiencia de los conceptos anteriores; en efecto, en muchos casos, se dejarían numerosos daños sin reparación si se aplican los criterios subjetivos. Por tales razones se avanzó hacia la reparación del daño en sí mismo, por su injusticia.

Se advierte, entonces, que en este camino se ha pasado del principio de responsabilizar sólo por el “daño injustamente causado” a la perspectiva que tiene por objeto proteger a la víctima del “daño injustamente sufrido”. Esta evolución plasmada a partir de la reforma de 1968, se concreta en los proyectos de 1987, 1993, 1998 y se recepta en legislaciones especiales como, por ejemplo, la ley de defensa del consumidor (ley 24.240). Se apunta, además, a distribuir el peso del daño solidariamente en toda la comunidad mediante la implantación de seguros obligatorios y un sistema de seguridad social.

El sistema del Código civil incluye una norma que se entendió era la que consagraba a los factores subjetivos, referidos a la culpabilidad, como principio en la atribución de la responsabilidad civil. Tal es el art. 1109 CC que reza: “*Todo el que ejecuta un hecho,*

que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”.

Los factores objetivos de atribución, en la época de sanción del Código y hasta muchos años después, no eran desconocidos pero su inclusión explícita en el texto legal era excepcional. Fueron la doctrina y la jurisprudencia las que, interpretando los diferentes supuestos, extendieron la responsabilidad a casos en los que se entendía que existía obligación de responder aunque no se verificaba culpabilidad en la producción del daño.

En este aspecto el Proyecto de 2012, al igual que los mencionados, no repite el modelo puramente subjetivista y refiere que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos y subjetivos y se agrega que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa (art. 1721 P.de CC y C).

En los “Fundamentos” se expresa que no hay relación de jerarquía entre los factores objetivos y subjetivos, señalando una paridad cualitativa entre ambos criterios, siguiendo doctrina de gran difusión. Se agrega que los factores objetivos son mencionados en primer lugar por ser mayoritarios y se mantienen los factores de atribución subjetivos tradicionales (culpa y dolo); es decir que conviven ambos con igual importancia. Se expresa que en "el supuesto en que no hubiera ninguna previsión legal [...] se aplica la culpa" pues "cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa... como factor de atribución residual".

En cuanto a la función de la culpabilidad en esta propuesta se dividen las opiniones entre quienes entienden que la culpa opera como norma de cierre (Galdós) y quien, por el contrario, estima que “todo es responsabilidad objetiva salvo cuando haya una laguna que resulte imposible de colmar, en cuyo caso aparece la culpa de manera residual, que no es lo mismo que ésta venga a ser la norma de cierre del sistema" (Bueres).

Es dable señalar que estas posiciones también se sostienen con relación al régimen de responsabilidad del Código civil por lo que el repaso propuesto no es estéril.

1. Concepto y presupuestos de la culpabilidad.

Los factores subjetivos de atribución tradicionalmente fundaron la responsabilidad civil contractual y extracontractual, a partir del principio plasmado en el Código civil por el que no existía responsabilidad sin culpa (arts. 521, 1067, 1072, 1109 y conc. CC). Este fundamento ha ido cediendo paso a las pautas objetivas de atribución, como señalamos, lo que no implica su desaparición sino su concurrencia con las razones que no atienden a la reprochabilidad de la conducta del sujeto.

En efecto, los factores subjetivos de atribución tienen en consideración la subjetividad del agente y se realiza un reproche humano a su comportamiento; es lo que se denomina “culpabilidad” en sentido “lato”.

Ello presupone la *voluntariedad del acto*. Es decir, que la *imputabilidad moral del acto* resulta de haber sido obrado con discernimiento, intención y libertad (art. 897, 898, 900,

921,1070 y 1076 CC) y adecuadamente manifestado. En cuanto al primer elemento de la “voluntad interna”, por entenderse referido a la aptitud general de conocer, en el sistema del Código civil se consideran inimputables los menores de diez años, las personas cuya enfermedad mental no le permite dirigir su persona (“dementes”, para el Código civil) salvo que obren en intervalo lúcido (art. 1070 CC) y quienes están privados accidentalmente de la razón (art. 921 CC). La intención y la libertad deben ser sanas; es decir, carecer de vicios que las excluyan (arts. 930, 937, 942 y 943 CC).

La *imputabilidad moral del resultado* deviene de la “culpabilidad” del autor en sentido amplio, la que abarca la *culpa* y el *dolo*.

a) La culpa: concepto. Modalidades. Criterios de valoración. Dispensa, culpa de la víctima y culpa concurrente.

La culpa supone la “imprevisión” de un daño previsible o evitable de haber obrado con la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y las circunstancias de tiempo, lugar y de la persona. Ello resulta de su plasmación en los arts. 512; 1109; 1067, 1069 “*in fine*” CC.

El Código civil la define en el ámbito contractual (LII, Sec.I) pero su noción es aplicable a todo el sistema; es decir, que perfila el “cuasidelito” (art. 1109 CC). Dice el art. 512 CC: “*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.*”

En el Proyecto que repasamos también los factores subjetivos de atribución de responsabilidad son la culpa y el dolo. En una formulación semejante, que mejora y completa la del Código civil (contenida en los arts. 512 y 1072 CC) se expresa que: “*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”(art. 1724 P.de CC y C).

Se colige entonces que el sistema velezano y el propuesto coinciden en las pautas para la consideración de la conducta culpable. Los parámetros objetivos remiten a la naturaleza de la obligación (la de un médico, la de un albañil) y sus circunstancias de tiempo (intervención de emergencia o programada; de noche o de día) y lugar (conducir por autopista o camino de montaña); otra subjetiva, alude a la situación personal del agente desde una perspectiva de previsibilidad común a la media de la población.

Las modalidades de la culpa, que doctrina y jurisprudencia ya reconocen en el ámbito civil, son la negligencia, la imprudencia y la impericia “en el arte o profesión”, tal como recoge el Proyecto de Código unificado.

La negligencia consiste en omitir comportamientos que previsiblemente hubieran evitado el daño; supone descuido, distracción; es decir falta de diligencia (por ejemplo, no usar cinturón de seguridad; no atar al paciente en un acto quirúrgico; no presentar oportunamente la prueba en el juicio, etc.).

La imprudencia se presenta como un actuar precipitado e irreflexivo que no mide las consecuencias; puede verificarse por temeridad, desinterés, exceso de confianza (cruzar la calle con el semáforo en rojo; no usar casco en la moto; extraer un órgano sin esperar los resultados de una biopsia, etc.).

La impericia evidencia falta de habilidad específica, deficiente capacitación, carencia de habilidad técnica (usar un aparato de precisión sin conocer acabadamente su funcionamiento; anestesiarse sin saber canalizar o entubar al paciente; asumir un juicio complejo sin suficiente experiencia o conocimiento de la materia, etc.).

Es dable recordar que en el caso de *profesionales* se juzga el error humano y no el científico.

La culpa de la víctima también tiene consecuencias jurídicas; cuando los daños se producen por el obrar culposo, positivo o negativo, de quien lo padece no hay responsabilidad (conf. art. 1111 CC). En el Proyecto de Código unificado la cuestión se ubica en el área de la causación en cuanto se señala que *“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”*(art. 1729.P de.CC y C)

Existe culpa concurrente cuando a la producción del daño han contribuido quienes lo causaron y quienes lo padecen; ambos reúnen la calidad de autor y víctima. En estos casos cada agente quedara obligado en la proporción en que su conducta culposa contribuyó a la causación, por aplicación de los preceptos de los arts. 1109 y 1111 CC.

Los criterios de valoración de la culpabilidad resultan de la línea fijada por el art. 909 CC, que expresa: *“Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman 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 estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes”*.

Estas normas están dirigidas al intérprete quien confronta la conducta del agente en su comportamiento dañoso con los parámetros referidos y los que señala el art. Art. 902 CC, que reza: *“Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”*.

El Pto.2012 unifica estos criterios de valoración en el art. 1725.

Por lo tanto se trata de diseños que miran al autor y las circunstancias de su conducta. Es decir que se trata de un sistema de culpa “única” (no hay categorías: culpa grave, leve y levísima); “genérica” (aplicable tanto al orden extracontractual como al

contractual) y “en concreto”, ya que se aparta de la denominada “culpa in abstracto” que responde a patrones que son cartabón para medir la culpabilidad (la diligencia del buen padre de familia; del diligente hombre de negocios; etc.).

Lo dicho no impide que, en determinadas hipótesis, se hayan introducido pautas "abstractas " o que se propugnara atender a "subjetividades agravadas"; ello ocurrió, por ejemplo, en el Código velezano en materia de tutela (v.gr., arts.413, 454, y 461 CC) y en el Pto.2012 se predica en la sanción pecuniaria disuasiva por daños a los derechos de incidencia colectiva (arts. 1714 y 1715 P.de CC y C) y de acusación calumniosa (art. 1771 P.de CC y C).

La prueba de la culpa es distinta, en principio, según la responsabilidad sea contractual o extracontractual. En el primer caso, la regla es la presunción de culpa; al acreedor le basta demostrar su calidad, conforme al título, y el deudor que quiera liberarse debe probar que ha cumplido o la circunstancia extintiva o impediendo de su cumplimiento ya sea la no culpa o la ruptura del nexo causal. Esta situación es aplicable a las llamadas obligaciones “de medio” pero no en los supuestos de las obligaciones “de resultado” en las que el factor de atribución es objetivo y solo admite su excusación mediante el quiebre del nexo causal.

En materia de responsabilidad extracontractual, rige el principio por el que, quien pretende indemnización por un hecho ilícito, debe probar los elementos de la responsabilidad; en consecuencia, no sólo la culpa sino los otros extremos deben ser probados por la víctima.

No obstante hay supuestos en los que la culpabilidad resulta “*in re ipsa*”; es decir de las características mismas del hecho. Por ejemplo, cuando a alguien se le deja instrumental en el abdomen luego de una cirugía.

En otros casos se debe recurrir a las “presunciones” como medios de prueba. Estas derivan de la concurrencia de indicios serios y concordantes (presunciones “*hominis*”) que llevan convicción al juez respecto de la manera en la que los hechos sucedieron.

Distinta es la hipótesis en la que existe presunción legal “*iuris tantum*”; en estos casos se invierte la carga de la prueba. Como se presume la culpa, quien quiera liberarse de la responsabilidad deberá demostrar que ésta no ha existido (probar su diligencia, la no culpa, etc.). Tal sucede, en el Código civil, con la responsabilidad de los padres, tutores y curadores respecto de los daños ocasionados por quienes tienen bajo su autoridad (v.gr. art. 1114 y 1116 CC) ¹¹o la del dueño o guardián cuando el daño es producido con cosas inanimadas no riesgosas ni viciosas (art. 1113, 2º parr., 1º supuesto CC).

En el Proyecto de Código unificado la prueba de los factores de atribución y sus eximentes corresponde a quien lo alega (art. 1734 P.de CC y C).

r

¹¹ Recordemos que el Pto 2012, convierte en objetiva la responsabilidad de los que ejercen autoridad.

Las eximentes de la culpabilidad, en realidad, hacen a los vicios de la voluntad interna que es su presupuesto. Tales son el error, el dolo y la violencia que afectan a la intención y la libertad.

Es dable advertir que en el acto ilícito culposo cabe la posibilidad de que se morigere la reparación (art. 1109, 2º párrafo CC). Esta posibilidad existe, por razones de equidad, también en el art. 1742 P.de CC y C.

En general, entonces, quien invoca la culpa debe probar su existencia. Es dable advertir, sin embargo que la teoría de la carga dinámica, la de las “cargas probatorias compartidas” y las de la “solidaridad o colaboración”, pretenden obtener una versión de lo acontecido lo más próxima a la realidad (Peyrano); se reclama para ello la cooperación de las partes, e incluso el ejercicio de potestades judiciales, reconociendo a los jueces la calidad de directores del proceso. Ello genera un desplazamiento de la carga probatoria que puede caer sobre quien esté en mejores condiciones para probar y tornan irrelevante que éste sea el actor o el demandado.

Estas posiciones gozan de gran consenso científico y de aceptación jurisprudencial en nuestra materia, lo que ha sido recogido en el Pto.2012 en el art. 1735. Dicha norma expresa: *“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 comunicará 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.”*

b) El dolo. Acepciones. Posiciones doctrinarias. Prueba del dolo. Diferencias entre delitos y cuasidelitos.

Tanto el dolo, como la culpa constituyen estados anímicos reprochables pero en intensidad decreciente (De Cupis). La expresión “dolo” tiene diversas acepciones.

El “dolo” como vicio de la voluntad consiste en el “error provocado” (arts. 931 y stes.CC) por lo que afecta la intención y, por lo tanto, si se produce excluye la voluntariedad; es decir que se impide que haya “acto voluntario” y si no lo hay no puede haber culpabilidad pues aquélla es su presupuesto, tal como dijimos.

El dolo como elemento del acto ilícito lo caracteriza como “delito” (Arts.1072y 1077 CC) y en materia de incumplimiento contractual se lo menciona como “malicia” en el Art. 521 CC.

Dice el Código civil de Vélez Sarsfield:

Art. 1072. - *El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código "delito".*

Art. 521. - *Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.*

Con relación al concepto parte de la doctrina sostiene que el “dolo” como elemento del

acto ilícito, supone el propósito deliberado y perverso de perjudicar (Llambías, Bustamente Alsina, Mosset Iturraspe). Es el “dolo malo” o “*animus nocendi*” del derecho romano.

Otra posición, que compartimos con otros autores (Aguiar, Buteler Cáceres, Zavala de González, Pizarro-Vallespinos; Kemelmajer de Carlucci), afirma que para que haya “dolo” es suficiente que el sujeto tenga conciencia de la antijuridicidad y haya previsto las consecuencias de su obrar. Dice Aguilar que quien conoce las consecuencias dañosas de un acto y no se abstiene de él es porque ordinariamente quiere producirlas. Consiste en la “conciencia de obrar sin derecho y contra el derecho de los demás”. Ello significa a “sabiendas”; no es necesario el “ánimo de perjudicar”.

Esta es la concepción que se atribuye mayoritariamente también al “incumplimiento de la obligación” por lo que se entiende que no existen diferencias entre el dolo obligacional y el dolo delictual en materia de derecho civil. Por ejemplo, obra con dolo quien mata queriéndolo hacer; no reconoce un hijo propio sabiendo que lo es; no cumple la obligación nacida del contrato pudiendo satisfacer la prestación, etc..

El Proyecto de código unificado, por su parte, señala que: “...*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...*”(art.- 1724 P.de CC y C).

Entendemos que esta disposición incluye la noción de “dolo eventual” pues se trata de la hipótesis de que quien obra lo hace con indiferencia respecto de las consecuencias dañosas y desprecia su producción, lo que estimamos incluido en nuestro concepto.

El actuar doloso puede concurrir con la culpa de la víctima pero en este caso el primero absorbe los efectos de la culpa. No podrá alegar la conducta dolosa de otro quien también obra con dolo; ello por aplicación del art. 932 CC que impide que se anule el acto cuando hay dolo recíproco y la aplicación del principio que reza que “*nadie puede alegar su propia torpeza*”.

Los actos ilícitos imponen responsabilidad solidaria (arts. 699/700 CC) entre coautores y cómplices (arts.1081,1109 CC). En materia de “cuasidelito”, por ser el factor de atribución la culpa, quien ha pagado de más tiene acción de reintegro contra los restantes obligados (art. 1109 ,2º parr.CC) y el juez puede morigerar la reparación (art. 1069 ,2º parr.CC); no gozan de esta facultad quien obra con dolo (arts. 1081, 1082 CC y 1069 CC), tal como lo señalamos más arriba.

Prueba del dolo. El dolo no se presume y siempre debe ser probado por quien lo invoca; además, está prohibida su dispensa anticipada (art. 507 CC y art. 1743 del P.de CC y C).

Finalmente algunos supuestos de responsabilidad civil con factores subjetivos de atribución, dolo o culpa, en el Proyecto de Código unificado, son: la responsabilidad en el ejercicio de las profesiones liberales, incluidas las prestadas con cosas, salvo si se comprometió un resultado (art. 1768); el donante sólo responde por los vicios ocultos de

la cosa donada, y debe reparar los daños, si hubo dolo de su parte (art. 1558); en la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas (art. 160); la responsabilidad del constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en la construcción, por el incumplimiento de las normas administrativas y por cualquier daño producido en tales circunstancias (art. 1277); la culpa está presente en materia de actos jurídicos (por ejemplo, arts. 279, 282, 332, 957, 961, 1084, 1086; arts. 2515, 2517 Pto.2012),etc..

2. Factores objetivos de atribución de responsabilidad:

Estas razones para imputar el daño no reprochan conducta alguna al agente ni es imprescindible que la autoría, propia o ajena, se advierta inmediatamente de la lesión del derecho o interés tutelado y sus consecuencias. No se valora el comportamiento del agente y se asienta en otros fundamentos de interés legal. Los factores objetivos surgen de la ley por lo que pueden concluirse por interpretación analógica y, en nuestros días, fundan la mayor cantidad de casos trascendentes de responsabilidad civil.

Se caracterizan porque ponen el acento en la reparación del daño y no en la actitud del responsable; no requieren ser probados; se amplían según las nuevas circunstancias dañosas y se dan en numerosos supuestos en los que el autor del daño es distinto del responsable. El código civil no los define ni explicita pero son determinantes de responsabilidad en ciertos supuestos y cuando el fundamento es el ejercicio abusivo del derecho; también, se encuentra en materia contractual respecto a determinadas convenciones.

Esta forma de atribución a la responsabilidad de las personas jurídicas (art.43), a los daños producidos por el “hecho de las cosas riesgosas” (p.ej. automotores) y por el “hecho de los dependientes” (p.ej. el empleador responde por el daño causado por sus empleados) conforme al art. 1113 CC, la de los “propietarios de establecimientos educativos” (art. 1117 CC); el caso de daño involuntario (Art.907 cc). En el ámbito contractual la responsabilidad del dueño de hoteles, hospedajes y establecimientos públicos, capitanes de buque, transportistas, etc. respecto de los efectos introducidos en ellos, cuando los daños sean causados por sus dependientes (arts. 1118/9CC), entre otros casos.

En el Proyecto 2012 tampoco se enumeran los factores objetivos, pero se tipifica la responsabilidad objetiva extracontractual y su noción es amplia al decir: *"El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario"* (art. 1722). Se ha criticado esta definición por ser una formulación negativa (Mosset Iturraspe).

Los factores más difundidos se apoyan en la teoría del riesgo, equidad, garantía o seguridad, abuso del derecho y exceso en la normal tolerancia entre vecinos, pero no se limitan a estas hipótesis.

La referencia al *riesgo* como factor objetivo de atribución (riesgo-creado o riesgo-beneficio) alude a que quien ejerce una actividad lícita y beneficiosa para sí debe razonablemente cargar con el riesgo de reparar los daños que produce; es decir, que si se crea o se tiene control sobre un elemento generador de la probabilidad de ocasionar perjuicio, se debe asumir las consecuencias si este ocurre.

La teoría referida se aplica especialmente a los daños producidos por el riesgo y el vicio de las cosas (art. 1113, 2º párr..2ª parte CC); los considerados por el Proyecto como derivado de los accidentes de tránsito (art. 1769); la del dueño y ocupante de un edificio por las cosas arrojadas o caídas (art. 1119 CC y art 1760 P.de CC y C); y los animales feroces (art. 1129 y ss. CC). También se ha fundado en el riesgo la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art.1113, 1º parr. CC y art. 1753 P.de CC y C) y los daños causados por todo tipo de animales (art. 1124 CC y art. 1759 P.de CC y C).

El Código civil no trata especialmente lo relativo a las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización, pero parte de la doctrina y jurisprudencia entienden que se las comprende en el sistema vigente. El Pto. 2012 lo regula especialmente (arts. 1757, 1758, 1733 inc. e) y también se refiere a la responsabilidad del grupo en caso actividad peligrosa y la responsabilidad del grupo en caso de autoría anónima (arts. 1762 y 1761 P.de CC y C).

También es objetiva la llamada “*indemnización de equidad*”. Consiste en la justicia aplicada en el caso concreto por el juez en uso de su facultad discrecional. Es fundamento de la reparación de daños involuntarios (art. 907 CC y arts. 1750 P.de CC y C). En estos casos la reparación debe tener en cuenta “la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación de la víctima”. La equidad puede sustentar la reparación en supuestos de “daño necesario”. Este fundamento ha sido considerado especialmente por la propuesta de reforma para la atenuación de la responsabilidad (art. 1742 P.de CC y C) .

La *garantía o seguridad*, como factor objetivo de responsabilidad, supone “la seguridad que un sujeto brinda a terceros de que si se produce un daño en determinadas circunstancias, afrontara su resarcimiento y puede tener origen extracontractual o contractual” (Zavala de González). Parte de la doctrina sustenta en este principio la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (Bustamante Alsina).

En materia de responsabilidad por el hecho de terceros el Proyecto se hace eco de posiciones doctrinarias que postulaban que la responsabilidad de los padres, de los tutores, curadores y otras personas encargadas de los menores e incapaces (art. 1754, 1755, 1756) debía superar su fundamento subjetivo (art. 1114 CC) e impone la responsabilidad objetiva. También es de esta naturaleza la que recae en la actualidad y en la propuesta sobre los titulares de los establecimientos educativos (art. 1117 CC y art. 1767 P. de CC y C).

El *ejercicio abusivo del derecho* supone que si el titular lo ejerce abusando de sus prerrogativas y causa un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio que causó (Bustamante Alsina). En tal caso el juez analizará, según los criterios abstractos que fija

la ley, si el comportamiento irregular es contrario a los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites de la buena fe, moral y buenas costumbres (art. 1071 CC y art. 10 P.de CC y C). En este fundamento suelen también considerarse comprendidos los daños ocasionados por abuso en la normal tolerancia de los vecinos; ello pues quien causa un daño en tales condiciones hará de su derecho de propiedad un uso abusivo (Salas). Parte de la doctrina entiende al abuso del derecho como antijuridicidad y no como factor objetivo de atribución de responsabilidad (Pizarro-Vallespinos)

En el orden contractual doctrina y jurisprudencia fundan la responsabilidad en factores objetivos cuando se trata de obligaciones de resultado; es decir, aquéllas en la que el deudor se compromete a obtener un resultado exitoso que le es asegurado al acreedor (médico en cirugía estética o realización de un estudio -análisis, placa radiográfica, resonancia magnética-, locación de obra, etc.). En estos supuestos como la responsabilidad es objetiva, ante el incumplimiento, el deudor sólo podrá liberarse mediante la demostración del quiebre de la relación causal.

Por el contrario, en materia de obligación de medios, el deudor solamente compromete su diligencia para obtener un resultado que no garantiza. Por ejemplo, el abogado no asegura que el pleito se resolverá a favor de su cliente; sólo se obliga a poner su diligencia para que se llegue a una resolución favorable; así sucede en la locación de servicios. Por lo tanto, si el resultado esperado no se produce, como el factor de atribución es subjetivo, el acreedor deberá probar la culpa del incumplidor a menos que se trate de hipótesis en la que la culpa se presume o quepa aplicar la carga dinámica de la prueba.

Haciéndose eco de esta diferenciación entre las obligaciones, el Pto. 2012 expresa que: *"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"* (art. 1723). Es importante destacar, entonces, la trascendencia de la voluntad de las partes quienes pueden convenir que la obligación sea de medios o resultados (art. 1197 CC y arts. 958 y 959 P.de CC y C).

Es necesario destacar que cuando no existe acuerdo expreso ni norma legal que especialmente establezca la responsabilidad objetiva, la calificación de la obligación como de medios o resultados, a los fines de determinar la posibilidad de demostrar la responsabilidad civil dimanada de su incumplimiento, deberá ser analizada a la luz de otros factores (el álea en el contrato, usos y costumbres, la buena fe, el riesgo asumido, etc.).

V. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. Concepto

Este presupuesto no puede faltar para que exista responsabilidad en ningún caso, ya se trate de responsabilidad por el hecho propio o con relación al hecho ajeno, con factor subjetivo u objetivo de atribución; aunque el hecho sea lícito por mediar una causa de justificación y opera con relación al daño ya producido, actual o futuro, y frente al peligro de daño en la función preventiva.

Ello pues *vincula el hecho con la consecuencia dañosa* (imputación material). Se realiza un juicio “en abstracto”, “objetivo” y “fáctico” conforme reglas de probabilidad que tornan previsible el resultado y es anterior a la indagación de los factores de atribución. La relación causal se presenta de manera compleja y si bien es un requisito general puede no ser “*contundente*” (Zavala de González) en cuanto podría vincularse a otros eventos preexistentes, subyacentes, simultáneos o permanecer ocultos, lo que dificulta establecerla claramente. Debe recordarse que la causalidad jurídica no es igual a la causalidad de la naturaleza. La primera se funda en el principio lógico de razón suficiente que expresa que “todo lo que es, es por alguna razón”.

1. Enumeración de las teorías.

La noción jurídica de relación causal presupone establecer cuál de los hechos antecedentes es causa del resultado dañoso. Las teorías que a continuación señalamos han procurado establecerlo.

a) *Teoría de la equivalencia de las condiciones* o de la “*conditio sine qua non*” (Stuart Mill, Von Buri). Sostiene que todas las condiciones, positivas o negativas, concurrirían necesariamente a producir el resultado de forma tal que, ante la inexistencia de una sola de ellas, el resultado no se hubiera producido. Dicha posición llevó a soluciones inaceptables jurídicamente, puesto que el individuo que puso una sola de las condiciones debía responder de todo el resultado, ya que cada condición era en sí misma causa de éste.

b) *Teoría de la última condición o de la “condición más próxima”* (Francis Bacon). Esta teoría llama “causa” sólo a aquella que, de las diversas condiciones necesarias, se ubica temporalmente más próxima al resultado. Se criticó esta concepción puesto que no siempre la condición última es la verdadera causante de un daño.

c) *Teoría de la condición preponderante* (Binding, Oertman, Llambías). La condición que rompe el equilibrio entre los factores desfavorables y favorables a la producción del daño, influyendo decisivamente en el resultado, es la que esta concepción llama “causa”. Es decir que tenga la virtualidad de producir determinado resultado.

d) *Teoría de la causalidad adecuada*. Es la receptada en el Código Civil. Se afirma que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Se llama “causa” a aquella que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir el resultado. Las demás son, al decir de Bustamante Alsina, “solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes”. Este autor expresa que el Código Civil de Vélez Sársfield, adoptó el criterio de la causalidad adecuada (art. 901 y ss. C.C.), aunque tal teoría fue expuesta alrededor de 1888; el codificador se inspiró en el Código de Prusia de 1784, lo que fue totalmente innovador en este aspecto y así se adelantó al pensamiento de fines del siglo XIX. Su explícito reconocimiento resultó incorporado al art. 906, según la reforma introducida por la ley 17.711 en 1968.

El Proyecto de Código unificado de 2012 mantiene el criterio de la causalidad adecuada y la extensión de la responsabilidad a las consecuencias inmediatas y mediatas aunque simplificando su enunciación. Así dicen la norma que nos interesa:

Art. 1726: "*Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.*"

2. Sistema jurídico argentino. Distinción con la culpabilidad. Importancia.

A fin de establecer si la acción u omisión ha sido idónea para producir "regular o normalmente" el resultado, el juez debe evaluar *ex post facto* la concatenación de fenómenos en el tiempo y espacio para determinar la congruencia del hecho con el resultado, según las normas o patrones generales. Por ello se ha llamado a la "causalidad adecuada", "pronóstico objetivo". Debe establecerse si el suceso ha sido factor causante de derivaciones lesivas.

El juicio de comprobación objetiva se realiza sobre la base de la "aptitud normal de previsibilidad en abstracto"; es decir el del hombre medio de inteligencia normal, de modo que para tal aptitud resultare verosímil, regular y probable que dado el hecho se produjera la consecuencia. Para concluir si el resultado dañoso ha sido causado por aquel a quien pretende hacerse responsable, "*... la pregunta a contestar es: la acción (u omisión) del presunto responsable ¿era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño?*" (Orgaz). Si la respuesta es positiva habrá relación de causalidad adecuada.

La "causalidad", como presupuesto de la responsabilidad civil, apunta, entonces, a determinar la "*imputatio facti*", o sea atribuir objetivamente el resultado al autor del hecho.

La "culpabilidad", en cambio, determina la "*imputatio iuris*", o sea cuándo y en qué condiciones el daño es imputable subjetivamente al autor.

La semejanza estriba en que ambos elementos se fundan en la "previsibilidad" del resultado. Las diferencias son que, en la relación causal esta "previsibilidad" es "abstracta", y se prescinde de evaluar la situación individual del presunto responsable.

Por el contrario, en la culpabilidad la "previsibilidad" que se considera y cuya falta se reprocha al agente, es "concreta". Ello significa que no previó lo previsible en el caso particular y según las condiciones objetivas y subjetivas que rodearon el hecho.

La importancia de esta distinción radica en que el reproche subjetivo (culpabilidad), realizado luego de establecido el nexo causal entre el hecho y el daño, influye en la extensión del resarcimiento. En general, la trascendencia de este reproche (culpa, dolo o factor de atribución objetivo) determina la amplitud de la imputación de las consecuencias del acto voluntario.

Es decir, hasta qué consecuencias (mediatas, inmediatas, casuales), consideradas en abstracto, deberá responderse.

3. Determinación de las consecuencias y extensión del resarcimiento.

Las consecuencias pueden clasificarse en:

a) Inmediatas: las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 C.C.).

b) Mediatas: resultan de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto (art. 901 C.C.). Son también previsibles objetivamente.

c) Casuales: son las mediatas no previsibles objetivamente (art. 901, 3^{er} supuesto C.C.).

El Proyecto de 2012 también recurre a esta clasificación. Dice el art. 1727: *“Tipos de consecuencias 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”. 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”.*

Conforme los enunciados de ambos cuerpos normativos, para que exista “causalidad adecuada” la relación entre el hecho y el daño (arts. 901/906 cc), debe ser: previsible, normal, verosímil, regular y que se produzca el resultado según lo que acostumbra a suceder en el curso ordinario de las cosas. Dicha concatenación es evaluada por el juez *ex post facto*: determina la congruencia del hecho con el resultado en general (la adecuación entre hecho y resultado).

La extensión de la obligación de reparar, en el Código civil, pesa sobre el responsable y será distinta en su extensión según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual y según sea la gravedad del reproche subjetivo u el factor sea objetivo.

En la responsabilidad contractual, ante el incumplimiento por culpa, se responde por las consecuencias inmediatas y “necesarias”(art. 520 CC). Esta última calificación fue suprimida en el Proyecto 2012; lo que parece acertado (Bueres) pues su interpretación dio origen a un sinnúmero de interpretaciones diferentes. En materia de incumplimiento doloso, la responsabilidad también alcanzaba a las consecuencias mediatas (art. 521 CC).

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual culposa (cuasidelitos) y dolosa (delitos) se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas, (art. 904 CC), mientras que si mediando dolo se ha tenido especial previsibilidad para las consecuencias que, en general no son previsibles, se responde también por las casuales (art. 905 CC). Se agrega que nunca se responderá por las “consecuencias remotas que no tienen un nexo adecuado de causalidad”. En la inteligencia general la expresión “remotas” se asimila a las casuales y si no hay causa adecuada no hay responsabilidad.

En la responsabilidad objetiva la extensión del resarcimiento produjo algunos titubeos. Sin embargo, la tendencia doctrinaria señala que se debe regular por las pautas que, en la materia, rigen la responsabilidad extracontractual culposa.

El Proyecto, como señalamos, mantiene la clasificación de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales que Vélez Sarsfield recogió del Landrech prusiano, y establece como regla que: *“...Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726. Pto.CCCU).*

4. PRUEBA: principios y excepciones.

En principio, el nexo causal se debe acreditar por quien lo invoca; es decir, por el acreedor de la reparación. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, han enunciado algunos supuestos de “presunciones de causalidad”, lo que determinaría la inversión de la carga de la prueba. Se avanza hacia la presunción de causalidad cuando hay nexo aparente entre el daño y el elemento o agente causante (*presunciones hominis*) o cuando la ley solo admite la ruptura del nexo para liberar de responsabilidad (art. 1113 CC).

Por ejemplo, en materia de accidentes automovilísticos probado el daño se puede concluir que éstos son fruto del hecho si se demuestra que ha sido idóneo para provocar los deterioros acreditados; el shock producido inmediatamente después de una transfusión de sangre del grupo equivocado; muerte en asalto violento; etc.. Tales presunciones invierten la carga de la prueba y corresponde al deudor demostrar que los daños existían con anterioridad o con posterioridad al accidente, por lo que no habían sido causados por la conducta que se le atribuye.

En este punto el Proyecto 2012 señala que: “*La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma...*” (Art.1736. P.de CC y C).

5. Interrupción del nexo causal. Supuestos. Efectos

La relación causal entre el daño y el hecho se “quiebra” por la interferencia de ciertos acontecimientos que tornaron, total o parcialmente, inadecuada *in abstracto* la aptitud del hecho para producir el daño. Es decir que al hacer desaparecer el presupuesto no puede existir responsabilidad o está limitada por la incidencia de otros factores.

Se trata de “causas extrañas” o de “causa ajena” al hecho del presunto responsable.

Tales son:

a) Hecho exclusivo de la víctima.

Cuando se reconoce como única causa del daño el obrar culposo de la víctima, (art. 1111 C.C.) o su hecho no puede concluirse la responsabilidad de otra persona. Por ejemplo, si quien pretende reparación se cruza delante del tren pese a estar la barrera baja y es atropellado; si no se respetan las estrategias del abogado y se pierde el juicio; si se abandona tratamiento médico y se agrava su lesión por esa causa; si no respeta señales de tránsito, etc..

Una posición subjetivista requeriría de la imputación moral del acto como presupuesto, lo que impediría en algunos supuestos la invocación de la eximente. Tal sucedería, por ejemplo, cuando la ruptura del nexo causal se produce como consecuencia del actuar de una víctima inimputable. Por ejemplo, el niño de un año que se suelta de la mano de la madre y se arroja al paso de un automóvil; la injusticia de hacer cargar al conductor con el daño aparece claramente. Por ello, una perspectiva más amplia y actualizada entiende que no es imprescindible la existencia de culpa del damnificado; es suficiente que el daño le sea atribuible en su causación a la víctima.

Este es el criterio que adopta el Proyecto de código unificado cuando se prevé como

eximentes de la responsabilidad obligacional y extracontractual el hecho y no la culpa del damnificado. Así lo hemos anticipado en el acápite y lo hemos sostenido con anterioridad¹².

Dice el art.1729 P. de CC y C.- “**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*”.

b) Hecho de un tercero por el cual no responde ni la víctima, ni el autor del hecho dañoso (art. 1113 C.C. *a contrario sensu*).

Es decir que la eximente sólo funciona cuando el tercero es extraño al que la invoca. Por ejemplo, el hecho del visitante que da alimentos contraindicados al enfermo cuya ingesta le produce la muerte o el de la persona que empuja a la calle a quien es atropellado por un vehículo que circula correctamente; por ello no debe indemnizar ni el médico ni el conductor. Es decir que el hecho del tercero debe ser totalmente ajeno.

Igual razonamiento al realizado con relación a la causación por la víctima, cabe en el supuesto de que el nexo causal se interrumpa por la conducta de un tercero por el que no se responde. Como vimos en los ejemplos anteriores el tercero con relación a la víctima, puede haber sido una persona que obrara sin discernimiento y esto no cambia la situación por haberse quebrado el nexo causal entre hecho y el daño que se pretende reparar aunque no haya existido culpa. En igual sintonía, el P.de CC y C señala que es eximente el hecho del tercero que “*reune los caracteres del caso fortuito*” (art.1731).

c) Caso fortuito o fuerza mayor.

El art. 514 C.C. expresa: “*Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse*”.

La imprevisibilidad o inevitabilidad debe ser absoluta (para todos en iguales condiciones), actual (al momento de ocurrido el hecho) y sobreviniente. Por ejemplo, un accidente cerebro vascular; incendio, guerra, terremoto y otras catástrofes naturales o humanas. En estos casos se advierte que falta la relación causal entre el hecho atribuido al presunto responsable y el daño, impide que pueda imputársele, pues no ha podido preverse (por ser extraordinario) o aún previsto no puede evitarse (por ser irresistible).

El caso fortuito, además ha de ser “exterior” o sea totalmente “extraño” a las actividades del agente, su empresa, cosas de su propiedad, etcétera. Por ello no se consideran eximentes por ser “interiores” la causa ignorada, la no culpa, etcétera. Por ejemplo, no podrá alegarse para eludir la atribución de responsabilidad, la mala construcción, la obsolescencia de los materiales o sus defectos, etcétera. Es decir, que el caso fortuito o la fuerza mayor son, además de imprevisibles, irresistibles, extraños, e insuperables.

Se engloba con iguales consecuencias los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor. Por ejemplo, son daños resultantes de estas “causas ajenas”, las lesiones a la integridad

¹²Obras citada nota 19.

física de una persona que se producen por el impulso de un huracán o el daño derivado del incumplimiento contractual resultante de la prohibición legal de la prestación, sobreviniente al contrato.

Sin embargo se admite que, pese a que la regla es que se libera de responsabilidad quien no puede cumplir por razón de caso fortuito y fuerza mayor, es posible que por convención se asuma la responsabilidad ante el incumplimiento de la obligación. Así lo prevé el Código velezano en el art. 513 CC.

En el sistema proyectado se equiparan las consecuencias del caso fortuito con la de imposibilidad de cumplimiento y se regula la imposibilidad objetiva y absoluta de incumplimiento obligacional. El hecho del damnificado en el ámbito contractual y en el extracontractual excluye o limita la responsabilidad propia y la refleja, cuando tiene incidencia en la producción del daño (art. 1729 P.de CC y C). Sin embargo, por la autonomía de la voluntad se puede convenir o puede surgir de la ley que el deudor responda sólo en caso de culpa, dolo, o cualquier circunstancia especial.

Si el cumplimiento de la obligación se torna imposible de modo “objetivo y absoluto no imputable al deudor”, queda eximido (arts. 1732 P.de CC y C) salvo algunos supuestos especialmente previstos (art. 1733 P.de CC y C).

VI. DAÑOS CAUSADOS POR PERSONAS JURÍDICAS. Responsables. Caracteres. Requisitos. Fundamento. Cesación.

La responsabilidad civil por la actividad contractual no tiene diferencia alguna con la que cabe a la persona humana a tenor del texto del art. 42 del Código civil que dice: *“Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución de sus bienes”*.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, la de las personas jurídicas no fue atendida cuando se atribuía su naturaleza a la teoría de la ficción ya que, por carecer de voluntad y estar la responsabilidad fundada en la culpabilidad, la conclusión era que no podían ser responsables. Sin embargo la creciente trascendencia dañosa de las actividades de esta clase de persona y su relevancia en gran cantidad de relaciones jurídicas complejas, determinaron un cambio en la perspectiva. Superada la anterior concepción es indiscutible que las personas jurídicas deben responder en las mismas condiciones que las personas humanas.

El Código civil, el art. 43, en su actual redacción (s/ ley 17.711) expresa: *“Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el Título “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”*.

En cuanto a lo que le es específico, se abarcan los daños causados por el hecho de *directores o administradores*, lo que se sustenta en la teoría del órgano, apoyada en la realidad de la persona jurídica; éstos actúan por ella como su instrumento operativo, y la consecuencia dañosa se atribuye directamente a aquélla en virtud de un factor objetivo de responsabilidad.

Las norma citada reconoce gran amplitud a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en tanto responden de los hechos dañosos producidos en “*ejercicio y con ocasión*” de sus funciones. Es decir que si lo que perjudica guarda una relación razonable con la función atribuida al órgano la persona jurídica queda comprometida; ello, aunque quien obrara como agente del daño se haya excedido en la precisión de su cometido. Igualmente no caben discriminaciones cuando quienes dañan son los dependientes o de las cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado pues rigen las reglas ordinarias en esa materia.

En el Proyecto de Código civil y comercial unificado de 2012, la cuestión se trata entre los supuestos especiales en una norma de similar tenor (art. 1763). En los artículos siguientes el Anteproyecto girado al Poder Ejecutivo Nacional, regulaba la responsabilidad del Estado, conforme los cánones resultantes de la labor de la doctrina y jurisprudencia. Se atribuía responsabilidad objetiva al Estado por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas, con reparación del daño emergente y excepcionalmente de otros rubros. Asimismo se expresaba que el Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor, conforme 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. También se previó que 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 se planteaban como concurrentes.

Sin embargo, las normas previstas por el Anteproyecto fueron esencialmente modificadas por el Poder Ejecutivo y se estableció que las disposiciones del Título referido a la responsabilidad civil no se aplicarían a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, ya que se regiría por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda; asimismo, ocurriría con 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.

• **BIBLIOGRAFÍA.**

AGUIAR, HENOC D. Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley. Bs.As., Tea, 1951, t. IV.

ANDORNO, Luis y otros, Daño y protección a la persona humana. Bs. As., La Rocca, 1993.

BERGOGLIO, María T. y BERTOLDI DE FOURCADE, María V., La responsabilidad civil (*Profesionales de la salud. Establecimientos asistenciales*), Cba., Advocatus, 1991.

BERTOLDI DE FOURCADE, María V.. “Presupuestos de la responsabilidad civil. Enfoque actualizado” en colaboración G.Rubio. Clases de Derecho civil. Parte General. Directora. Cba., Advocatus, 1996.

BREBBIA, Fernando, *El daño moral*, Rosario, Orbir, 1967.

- BUERES, Alberto J. “*La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*”. LA LEY 18/02/2013, 1; LA LEY 2013-A , 835; RCyS 2013-II , 5 .
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Bs.As., Abeledo- Perrot, 7ª edición. Bs. As., Abeledo-Perrot, Año 1992.
- CIFUENTES, Santos. “El daño moral y la persona jurídica”, en Derecho de Daños. Bs.As., La Rocca, 1989.
- DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Barcelona, Bosch, 1990.
- DE LOS SANTOS, Mabel. “*Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*”. Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-800,
La sentencia anticipada”, Revista de Derecho Procesal, *Sentencia II*, Rubinzal Culzoni, 2008-I, pág. 103/118.
- FALCÓN, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal civil y comercial. Tomo IV. Sistemas Cautelares. Medidas cautelares. Tutela anticipada. Rubinzal-Culzoni. Bs.As.- Santa Fe, 2006.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “*Protección a la persona humana*”, en *Daño y protección a la persona humana*, Bs. As., La Rocca, 1993.
- GALDÓS, Jorge M., “*La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto*”. LA LEY 11/06/2012, 1
- GHERSI, Carlos A. “*Los daños reparables*”. LA LEY 22/08/12, 8.
- GOLDEMBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1989.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Dir. Belluscio - Coord. Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 1984, Tomo V.
- LORENZETTI, Ricardo. “*La tutela civil inhibitoria*” LA LEY-1995-C-1217.
- LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993 (actualizado por Patricio Raffo Benegas)
- MORELLO, Augusto M. “*Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba*”. ED 132- 953.
- MOSSET ITURRAPE, Jorge. “*La responsabilidad civil en el proyecto de 2012*”. Proyecto de código civil y comercial II. Revista de Derecho privado y comunitario. 2012-3.
“El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nº 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993.
- NALLAR, Florencia. “*Los daños punitivos en el Proyecto de código civil y comercial de la Nación*”.II. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012. 3. Bs.As. Sta.Fe., 2013.
- NICOLAU, Noemí. “*La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*”. LA LEY -1996-A-1245
- ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos)*, Cba., Lerner, 1970.
La ilicitud (extracontractual), Cba., Lerner, 1974.
El daño resarcible, Cba., Lerner, 1967.
- PEYRANO, Jorge W. “*Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*”. LA LEY-1991-B-1034.

“La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Proyecto de código civil y comercial. Aspectos procesales. Revista de Derecho Procesal. 2013-1. Bs.As-Sta.Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013.

PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Parte general. Bs.As., La Ley Ley, 2006.

PIZARRO, Ramón D y VALLESPINOS Carlos G.. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones.2. Bs.As., Hammurabi, 1999.

SEGUÍ, Adela. “Responsabilidad civil. La función preventiva”. Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 2012. Director. Rivera, J.C.- Coordinadora Medina, G.. Abeledo Perrot. 2012. Pag.865.

STIGLITZ, Gabriel A. y ECHEVESTI, Carlos A., “Daño moral” en *Responsabilidad civil* (Teoría general Presupuestos; Responsabilidades específicas), Dir. Jorge Mosset Iturraspe, Coor. Aída Kemelmajer de Carlucci, reimpresión, Bs. As., Hammurabi, 1993.

TRIGO REPRESAS, Félix. “Unificación de la responsabilidad por daños” en *Derecho de daños*, 1ª Parte. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., La Rocca, 1989.

TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo I.

ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1990.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Actuaciones por daños. Bs.As., Hammurabi, 2004.

-“La tutela inhibitoria contra daños”. Revista de responsabilidad civil y seguros. La ley, enero-febrero , 1999.

- PROYECTO DE UNIFICACION DE LA LEGISLACION CIVIL Y COMERCIAL, en Anexo Código Civil, Bs. As., Zavalía, 1989.
- PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE 1993. (Proyecto de Diputados), Bs. As., Zavalía, 1994.
- REFORMAS AL CODIGO CIVIL (Proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo), Bs. As., Astrea, 1994.
- PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. 2012 (Pto. del Poder Ejecutivo redactado por la Comisión designada por Decreto Presidencial 191/2011). Bs.As. LA LEY,2012.