

"La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012".

Aldo Marcelo Azar

1. El fenómeno causal y la relación de causalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 2.- Metodología. 3.- Definición de la causalidad. 3.1 Adscripción a la teoría de la relación causal adecuada. 3.2 Clasificación de las consecuencias atribuidas a la *causa adecuada*. 3.3. La *Previsibilidad*. 3.3.1. La regla del mayor deber de previsión. 3.3.2 La previsibilidad abstracta y objetiva de las consecuencias causales. 3.3.3. La confianza especial. 3.3.4 La previsibilidad contractual. 3.3.5 El dolo. 4. Adopción de otros modelos de causalidad. 4.1 Adopción de la Equivalencia de las condiciones o Teoría de la *Conditio sine que non*. 4.2 Adopción de la *Causalidad Próxima*. 5. Funciones de la relación de causalidad. 5.1. Autoría. 5.2 Extensión del resarcimiento. 5.3 Calificación de los vínculos de medios y de resultado. 5.4 Determinación de la competencia y del derecho aplicable en acciones por daños del derecho internacional privado. 6. Las eximentes fundadas en la ruptura del nexo causal: la causa extraña. 6.1 *Hecho del damnificado*. 6.2 *Caso fortuito y fuerza mayor*. 6.3 *Hecho de un tercero extraño*. 6.4 *La imposibilidad de cumplimiento*. 6.5. *La asunción de riesgos*.

1. El fenómeno causal y la relación de causalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

El fenómeno causal por el cual “el orden normativo disciplina el vínculo causa-efecto atendiendo a un proceso calificadorio de la conducta de los sujetos”¹, designa una operación intelectual que atribuye un resultado o consecuencia a un antecedente o condición e imputa al autor de estos últimos los efectos jurídicos que pueden consistir en una sanción, en la pérdida de un derecho o en la imposición de una obligación.

Desde esa perspectiva, la *causalidad* connota situaciones diversas.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante el *Proyecto*, los términos *causa*, *causal*, *causales* o las conjugaciones de los verbos *causar* u *ocasionar*, con sus sinónimos, son utilizados con seis acepciones diferentes.

a.- Como el *motivo* por el cual se adquieren, transmiten o extinguen los derechos subjetivos, el estado de las personas o las situaciones jurídicas ya nacidas. De esa manera “por *causa* de enfermedad mental” se declara la incapacidad de las personas mayores de trece años (art. 32); o procede el cambio del nombre cuando se ve afectada la personalidad “cualquiera sea su *causa*” (art. 69 inc. d); o se enumeran las *causas* o *causales* que provocan la terminación de la tutela (art. 135), se disuelve, reconduce o liquida la persona jurídica (arts. 163, 166 y 167), se extingue una asociación (art. 170, inc. f) y la prenda (art. 2237). Con ese mismo significado se alude a la capitalización de utilidades que beneficia a uno de los cónyuges durante la vigencia de la comunidad por la que se genera un crédito por recompensa a favor de la sociedad conyugal (art. 491); a que “la notificación de la demanda *causa* el embargo del crédito a favor del demandante” de una acción directa (art. 738 inc. a); a que “la *causa* de la responsabilidad” es medida de la contribución entre los codeudores solidarios o indivisibles (art. 841 inc. b); a que “la cesión no produce efecto alguno sobre la extinción de las obligaciones *causada* por confusión” (art. 2306); y al *motivo* que habilita el pago por consignación (art. 904 inc. c), que confiere al tercero interesado el derecho de pagar por el deudor (art. 881), que califica a una acción como posesoria “si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión” (art. 2238), produce la indignidad de suceder (art. 2281), la aceptación o renuncia de la herencia (art. 2289), o la división de la herencia (art. 2331).

¹ GOLDENBERG, “*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*”, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 10.

b.- Como el *incumplimiento* o *infracción* a los deberes o prohibiciones legales que determinan la remoción de una representación, voluntaria o necesaria, o la pérdida de una legitimación discernida. En ese sentido se enuncian las *causas* y *causales* que provocan la remoción del tutor (art.136), o se dispone la sustitución del mandatario de los bienes de quien es presuntamente declarado fallecido por un curador “si por cualquier *causa* aquél no desempeña correctamente el mandato” (art. 88), o determinan la cesación en el cargo por los directivos de una asociación (art. 176), o se excluyen a los asociados por “causas graves” (art. 180), o la remoción *sin causa* del administrador del consorcio (art. 2066).

c.- Como los *vicios* de la voluntad y las *motivaciones* ilícitas de los sujetos que determinan la nulidad de los actos celebrados y de las relaciones jurídicas derivadas de ellos, o su correlativo opuesto, es decir las *finalidades* lícitas que motivan esas voluntades y que son requisito de validez de aquéllos. Así son *causa* de la nulidad de los negocios jurídicos el error esencial (art. 265), el dolo (art. 271 y 272), la fuerza e intimidación (art. 276), y de las transacciones (art. 1645). En ese sentido la nulidad de la obligación principal “*causa*” la invalidación de la cláusula penal, pero la nulidad de esta última “no *causa*” esa consecuencia para la primera (art. 801). Por su parte, la *causa* del acto jurídico “*es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*” (art. 281), concepto que se reitera para la *causa* de la obligación (art. 726 y 727, 1796, 1800) y del contrato (art. 1014). Consecuentemente, son válidos los actos jurídicos, las obligaciones y los contratos que se fundan en una *causa* existente, verdadera y lícita (art. 282 y 283), e inválidos los que adolecen de ese elemento (art. 1014).

d.- Como los *fundamentos* que legitiman el incumplimiento de un deber jurídico, o justifican la extinción, disolución, revocación, rescisión o resolución de un vínculo preexistente. Bajo esa acepción se designa a la “*justa causa*” que se invoca para revocar o extinguir el poder de una representación, de un mandato, de una franquicia, de una promesa (art. 380 incs. c y d, 1331, 1522 inc. b, 1805); las “causas de disolución” del matrimonio (art. 435); o que la voluntad de novar es esencial para extinguir la obligación precedente y, en caso de duda, “se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no *causa* su extinción” (934); la aceptación de la renuncia por el beneficiario “*causa* la extinción del derecho” (art. 946); la frustración del fin del contrato es causa de su rescisión (art. 1090) así como la excesiva onerosidad sobreviniente que se origine en “causas ajenas a las partes y al riesgo asumido” y a “su alea popia” (art. 1091); y justifica la negativa a recibir los efectos del huésped por parte del hotelero (art. 1373).

e.- Como el *juicio*, *pleito*, *litis* o proceso judicial (art. 2547, entre otros).

f.- Como las *condiciones* o *factores* a los que se atribuyen entidad suficiente para provocar u *ocasionar las consecuencias* que se constatan y verifican en el mundo natural y en el orden social. Con este significado se regula la protección del nombre de las personas cuando éste es utilizado para designar cosas o personajes de fantasía “si ello le causa perjuicio material o moral” al portador del nombre (art. 71 inc. c); o se impone la reparación del daño causado por el tutor (art. 118, 134), por los socios, asociados, miembros, controlantes directos e indirectos y participantes de una persona jurídica debido a su utilización para actos fraudulentos, ilícitos o contrarios a sus fines (art. 144), por los administradores a la persona jurídica, a los socios o a terceros (art.

160), por el autor del dolo -esencial o incidental- o de la fuerza o intimidación (arts. 275 y 278, respectivamente), por los autores y partícipes de los actos simulados y fraudulentos en perjuicio de terceros (art. 337 y 340, respectivamente), por el cónyuge en razón del divorcio que produce un desequilibrio económico y un empeoramiento de su situación (art. 441) o por el conviviente por causa de la ruptura en la misma situación anterior (art. 524), por el progenitor al hijo debido a su no reconocimiento (art.587), por quien contrató sobre bienes ajenos como si fueran suyos o sobre bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares de mala fe (art. 1008 y 1009, respectivamente), por las turbaciones de hecho causadas por el transmitente (art. 1044 inc. c), por los vicios ocultos de las cosas objeto del contrato (art. 1058), por el locatario en razón de la no conservación del bien arrendado o de su uso impropio (arts. 1206 y 1216, respectivamente), por la cosa dada en leasing (art. 1243), por la mala calidad o inadecuación de los materiales utilizados para la ejecución de la obra deteriorada o destruida (art. 1268), por el mandatario debido a su renuncia incausada o intempestiva (art. 1332), por el depositante a título oneroso debido a los gastos causados por la guarda de la cosa (art. 1360), por el banco debido a la ejecución indebida de un título (art. 1406), por el factoreado (art. 1427), por fusión o escisión de una persona jurídica que causa perjuicio al agente (art. 1496), por el franquiciante debido a defectos del sistema dados en franquicia (art. 1521), por el mutuante en razón de la mala calidad o vicio de la cosa prestada” (art. 1530), por el comodatario debido a la pérdida o deterioro de la cosa (art. 1536 inc.d) y por el comodante en razón del vicio de esta última (art. 1540 inc. c), por la cosa objeto del fideicomiso (art. 1685), por el autor de un daño involuntario (art. 1750), por pluralidad de responsables (art. 1751), por el encubridor (art. 1752), por los hijos bajo responsabilidad parental (art. 1754), por los menores e incapaces a cargo de los tutores y curadores (art. 1756), por las cosas y actividades riesgosas (art. 1757 y 1758), por los animales (art. 1759), por la actividad peligrosa llevada a cabo por un grupo (art. 1762), por los alumnos menores de edad a cargo de los titulares de un establecimiento educativo (art. 1767), por el autor de una acusación calumniosa (art. 1771), por el dueño del negocio en razón del perjuicio sufrido por el gestor (art. 1785 inc. c) y por este último ante el primero (art. 1786, 1787), por inmisiones (art.1973), por la extracción artificial de agua, arena y piedras (art.1976), por el constructor de una obra ante el dueño de un inmueble que soporta la instalación de andamios (art. 1977), por el exceso a la normal tolerancia entre vecinos (art. 1982), por el condómino de árboles y arbustos linderos (art.2027), y por el cedente de derechos hereditarios fundada en su mala fe (art. 2305).

Con esta misma acepción se denota a las “causas ajenas” y “causas atribuibles” a la responsabilidad de una de las partes que excluyen o provocan los daños acaecidos (arts. 781, 782, 838, 1273, 1286, 1371, 1401, 838, 1710 inc. a, 1716, 1717, 1718, 1719, 1722, 1726, 1736, 1739, 1755), su incumplimiento (art. 1274 inc. c, 1285, 1306, 1755), o su imposibilidad de pago (art. 792, 955, 1267, 1307).

La *relación causal* responde a la última de las acepciones revisadas y es enunciada como el *nexo adecuado de causalidad de las consecuencias dañosas con el hecho productor del daño* (art. 1726). Con esa definición el Proyecto construye el significado de la relación de causalidad por referencia a los daños susceptibles de provocarse (art. 1710 inc. a) o a los daños producidos (art. 1716), por lo cual la encuadra dentro de la problemática de la *responsabilidad civil*. Sin embargo, su concepto no se acota a ese sentido y es más amplio pues connota al proceso de atribución de un resultado, impuesto (no dañar a otro) o asumido (satisfacción del interés del acreedor), a una

conducta precedente que sirve de condición o causa para producir el primero o para provocar su frustración (daño ocasionado a otro o inejecución del interés del acreedor), tal como se desprende de las funciones asignadas a la relación de causalidad.

2.- Metodología.

La relación de causalidad es tratada en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo 1 (Responsabilidad civil), Sección 3° (Función resarcitoria). Como tal se la instituye como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil cuyo fin es la *reparación del daño causado*, tanto si éste se genera por la violación del deber de no dañar a otro (responsabilidad extracontractual o por hechos ilícitos) o por el incumplimiento de una obligación (responsabilidad contractual u obligacional).

La metodología utilizada adopta los siguientes lineamientos:

- a) La adopción de la *teoría de la causalidad adecuada* (art. 1726);
- b) La extensión del resarcimiento, con prescindencia de la fuente contractual o extracontractual de la responsabilidad (art. 1726);
- c) La definición de las consecuencias derivadas del nexo causal (art. 1727);
- d) La determinación de los parámetros para establecer la previsibilidad de las consecuencias (arts. 1727, 1728);
- e) La regulación de las causas extrañas que excluyen la relación de causalidad (arts. 1730 a 1733);
- f) La prueba de la relación de causalidad y de las eximentes (arts. 1736 y 1734).

Sin embargo la regulación de la relación de causalidad es mayor y más extensa que la estatuida para la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

El Proyecto especifica para cada supuesto de responsabilidad especial, los daños *causados, producidos u ocasionados* que son resarcibles (verbigracia, arts. 71 inc. c, 118, 134, 144, 160, 275, 278, 337, 340, 441, 524, 587, 1008, 1009, 1044 inc. c, 1058, 1206, 1216, 1243, 1268, 1332, 1360, 1406, 1427, 1496, 1521, 1530, 1536 inc.d, 1540 inc. c, 1685, 1750, 1751, 1752, 1754, 1756, 1757, 1758, 1759, 1762, 1767, 1771, 1785 inc. c, 1786, 1787, 1973, 1976, 1977, 1982, 2027, 2305).

Asimismo utiliza el criterio de *previsibilidad causal* de un daño *aún no producido* a los fines de establecer la procedencia de las acciones preventivas para evitar los perjuicios o hacerlos cesar si éstos ya se vienen produciendo (art. 1710 inc. b y 1711). El mismo criterio llevado al ámbito obligacional califica a las obligaciones como de medios y de resultado (art. 774), y en el campo contractual determina la previsión concreta de las consecuencias resarcibles en mayor o menor extensión que la regulación legal (art. 1728).

Por último adopta en supuestos especiales de responsabilidad civil (arts. 118, 160, 1752, 1763, 2399, 2400, entre otras), y de jurisdicción y ley aplicable en materia de derecho internacional privado (arts. 2656 y 2657), sistemas distintos a la causalidad adecuada tales como la *equivalencia de las condiciones* o *conditio sine qua non* y la *causa próxima o directa*.

La revisión de la temática referida en los párrafos precedentes evidencia que la temática de la relación causal excede a la función resarcitoria de la responsabilidad civil y que se ubica en el plano de la atribución de las consecuencias a los hechos jurídicos conforme a la metodología seguida por Velez Sarsfield para los arts. 901, 902 y 909 C.C., correspondiendo para el ámbito del derecho de daños, como materia propia de éste, la determinación de las consecuencias resarcibles y las eximentes que configura la *causa extraña*.

3.- Definición de la causalidad.

3.1 Adscripción a la teoría de la relación causal adecuada.

El Proyecto concibe el vínculo entre el hecho antijurídico y el daño al que se atribuye como su consecuencia bajo la perspectiva del modelo de la causalidad adecuada. El principio es expuesto en el art. 1726, y reiterado en hipótesis de responsabilidades especiales, tales como los arts. 466, 524 y 1739.

La adopción de la teoría de la causalidad adecuada es explícita, a diferencia del sistema vigente de responsabilidad civil en el cual aquélla se aplica a partir de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del art. 901 C.C. el que fuera redactado por Velez Sarsfield sobre la base del Código de Prusia de 1791, con anterioridad a la enunciación de la *causa adecuada* por Von Kries, lo que acaece entre 1886 y 1888².

Por lo tanto, se define a un vínculo causal adecuado cuando, según un juicio de probabilidad, normalidad y ordinariedad, un hecho o acción (positiva o negativa) se presenta como el antecedente fáctico y lógico idóneo para producir una consecuencia o resultado. El juicio de probabilidad y normalidad sigue una evaluación objetiva de la ocurrencia de esos efectos, esto es con prescindencia de las condiciones personales del agente, y abstracta, es decir conforme lo “que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas” sin considerar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaece el hecho.

3.2 Clasificación de las consecuencias atribuidas a la *causa adecuada*.

Desde esa perspectiva, las consecuencias atribuibles a la *causa adecuada* se clasifican en inmediatas, mediatas y causales. El Proyecto reitera en el art. 1727 la tipificación de las consecuencias establecida en el art. 901 C.C. Se abandona la clasificación de las *consecuencias remotas* que fueran incorporadas como art.906 por la Ley 17.711. De ese modo se ha hecho eco de las críticas de la doctrina nacional que ha reputado a la categoría de “consecuencias remotas” como incoherente para el régimen de la causalidad adecuada o inoperante para atribuir los efectos a una causa que termina siendo extraña³.

En lo demás el Proyecto mantiene la terminología del Código vigente y descarta las innovaciones introducidas en el Proyecto de Unificación de 1998 relativas a las consecuencias mediatas *previstas* o *previsibles* “porque ello daría lugar a nuevos

² HART-HONORÉ, “*Causation in law*”, Clarendon Press, Oxford, 1985, segunda edición, pág. 467.

BUSTAMANTE ALSINA, “*Teoría general de la responsabilidad civil*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 225.

³ PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones de derecho privado. Obligaciones*”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, tomo 3, pág. 106 y 107. ORGAZ, “*Las consecuencias remotas*”, ED 56-673.

GOLDENBERG, “*La relación de causalidad ...*”, ob. cit. pag. 71 y ss. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “*Derecho de las obligaciones*”, tomo IV, cit. pág. 751.

problemas hermenéuticos”, toda vez que el distinguo utilizado por el art. 901 C.C. “ha sido ampliamente aplicado por la doctrina y jurisprudencia, dando lugar a una consolidada interpretación que mantiene su utilidad, aún en un sistema unificado de responsabilidad”⁴.

“El concepto de inmediatez supone que entre *hecho* y *resultado* no haya interferencia alguna en el *iter* causal”, de modo que los efectos, apreciados según un principio de regularidad, no ya de necesidad⁵, es lo que “acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”. En tal sentido, la colisión de dos automotores produce como resultado inmediato la destrucción o deterioro de la carrocería; la omisión por parte del servicio médico de emergencia de acudir al domicilio del enfermo en situación de urgencia provoca el fallecimiento o el agravamiento del paciente. Ante un hecho al que se denomina *C*, y un resultado al que se designa como *R*, se configura una consecuencia inmediata cuando “dado *C*, es *R*”.

Con esos mismos parámetros de probabilidad y de regularidad, con los que se evalúa lo que ocurre “según el curso natural y ordinario de las cosas”, una consecuencia deviene mediata si para producirse requiere que el hecho generador se conecte con un “acontecimiento distinto”, de manera que éste último constituye la causa última si se analiza la concatenación de los eventos que lleva al resultado. El encallamiento una embarcación producido por la embriaguez del piloto, que exige realizar las operaciones de abandono ante el riesgo de naufragio, durante las cuales se ahoga un pasajero, constituye la causa mediata de la muerte al producirla por la conexión con las maniobras de salvataje.

La conexión de un factor con otro determina a su efecto como *mediato* sí y sólo si la consecuencia es *previsible*. El enunciado de una consecuencia mediata se enuncia “dado *C*, es *C'*; dado *C'*, es *R*, si y sólo si *R* es previsible para *C*”.

Si esas consecuencias mediatas “no pueden preverse se llaman ‘consecuencias casuales’” (art. 1727, última parte). Estas últimas revisten caracteres de *anormalidad*⁶. En el mismo ejemplo de la nave varada, la muerte del pasajero es consecuencia casual si se produce por impericia en la conducción de las lanchas de auxilio por parte de las autoridades socorristas. El enunciado de una consecuencia causal se enuncia “dado *C*, es *C'*; dado *C'*, es *R*, si y sólo si *R* es no previsible para *C*”.

Se incorpora, de ese modo, otro elemento calificador que es la *previsibilidad*. Esta última se regula en los artículos 1725 y 1728 del Proyecto.

3.3. La Previsibilidad.

El artículo 1725 con el epígrafe “Valoración de la conducta” reedita los actuales arts. 902 y 909 del Código de Velez Sarsfield, modificando parcialmente sus textos por el siguiente: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las

⁴ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título V, Capítulo 1, acápite 8.

⁵ GOLDENBERG, “La relación de causalidad ...”, ob. cit. pags. 67 y 66.

⁶ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, tomo IV, La Ley, Bs. As. 2010, pág. 744.

partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.”

Sistemáticamente analizada, las reglas atinentes a la previsibilidad del obrar siguen como orden lógico bajo los siguientes parámetros

- i.- las consecuencias de una acción u omisión se fijan en función de lo que un hombre promedio está en condiciones de anticipar como efectos de sus actos;
- ii.- esas consecuencias son mayores, si el contenido del deber evidencia su potencialidad productora del resultado impuesto (no dañar a otro) o asumido (satisfacer el interés del acreedor) calibrado con relación a las consecuencias que la conducta objetivamente es idónea para producir;
- iii.- el contenido de ese deber (punto ii) se amplía si por las calidades personales del agente, éste tiene la posibilidad de avizorar las consecuencias de sus actos;
- iv.- las consecuencias señaladas en el punto i.- se amplían o reducen en función a las condiciones cognitivas concretas del agente en los contratos celebrados por una confianza especial con la persona del obligado;
- v.- las consecuencias se amplían, si por dolo del deudor al momento de incumplir la prestación aquéllas se presentan como efectos dañosos previstos o previsibles estimables en esa oportunidad.

3.3.1. La regla del mayor deber de previsión.

En primer lugar, se advierte que la regla del *mayor deber de previsión* contenido en el art. 902 C.C. ha sustituido su formulación originaria, “*mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*”, por la proposición “*mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”.

El cambio no sólo se verifica a nivel literal, sino sistemático. La norma proyectada por Velez Sarsfield está emplazada en la temática de la *relación causal*, mientras que el Proyecto la ubica a continuación de la definición de la culpa y del dolo, y antes de tratar el nexo de causalidad.

La redacción originaria del “mayor deber de previsión” introdujo un debate respecto a su aplicación, es decir en cual presupuesto de la responsabilidad esa regla es operativa, y al criterio de evaluación de la previsibilidad de los actos contenido en aquélla. De ese modo, la “mayor obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” se refiere a la delimitación de un criterio de *culpabilidad* (mayor es la conducta exigible a un médico especialista que a un médico generalista)⁷, a un problema exclusivo de *relación causal*, sea que calibre con criterios concretos o de prudencia (“no es igual la prudencia exigida para cruzar un paso a nivel ubicado en una zona rural, en campo abierto, que la requerida cuando se encuentra en plena ciudad, rodeado de construcciones”)⁸, o con criterios abstractos y objetivos (mayor previsibilidad es dable exigir a un profesional o especialista o proveedor de bienes y servicios destinados al consumo)⁹, o a un criterio de previsibilidad que atañe tanto a la *causalidad* como a la

⁷ BUERES, “*Derecho de daños*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 346 a 350.

⁸ MOSSET ITURRASPE, “*La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual*”, Rev. Derecho de Daños, 2002-3-64. GOLDENBERG, “*La relación de causalidad ...*”, ob. cit. pág. 88. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “*Derecho de las obligaciones*”, tomo IV, cit. pág. 743.

⁹ PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones ...*”, ob. cit. tomo 3, pág. 99.

*imputabilidad*¹⁰. En otra obra hemos concluido que por las fuentes utilizadas por el codificador, por la ubicación sistemática del art. 902 y por su expresión literal, el mayor deber de previsión alude a un problema de causalidad en tanto fija el contenido, objetivo y abstracto, del deber jurídico o de la obligación que le es exigible al agente conforme a lo que ocurre según el curso normal y ordinario de las cosas, y no conforme a la culpabilidad del obligado¹¹.

Como se señalara, el Proyecto modifica el texto y la ubicación del mayor deber de previsión. Sustituye la “mayor obligación” por la “mayor diligencia exigible al agente” y “la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”. De esa manera, el *mayor deber de previsión* cumple una función ecléctica, pues tanto se refiere a calibrar la conducta omitida que determina la culpa del agente (conforme al art. 1724 in fine), como a determinar el contenido, objetivo y abstracto, del deber o de la prestación obligacional cuyas consecuencias son previsibles por la misma naturaleza de las acciones u omisiones exigibles (conforme al art. 1726). En tal sentido, la “valoración de la conducta” así definida fija la previsibilidad en concreto y en abstracto, y determina tanto la culpabilidad como la causalidad.

En este punto no cabe confundir la *mayor diligencia exigible al agente* con la *culpabilidad* del mismo. El concepto de diligencia es anterior, lógica y causalmente, al acto que la omite o exorbita y que, por lo tanto, genera el reproche subjetivo (culpa) en el obligado a no dañar a otro o a satisfacer el interés del acreedor. El concepto de diligencia no se deriva del concepto de culpa ni es su opuesto, sino que es la actividad requerida, positiva o negativa, y causalmente idónea para obtener el resultado impuesto en un deber extracontractual (no dañar a otro) o asumido en un vínculo obligacional (satisfacer el interés del acreedor), sea que ese resultado sea inmediato o mediato respecto a esa diligencia. Como ya hemos tenido oportunidad de desarrollar, la conexión de la *diligencia* con la *previsibilidad de las consecuencias o resultados*, sentido que se mantiene en el Proyecto, ratifica el sentido causal que tiene la primera. La *diligencia* define al *cumplimiento* de los deberes o prestaciones, pues especifican el contenido de la conducta exigible para ambos¹².

Por ende la *previsibilidad de las consecuencias* que explicita el art. 1725, primer párrafo, es dable establecerse según lo que esa diligencia o contenido del deber obtiene o alcanza, conforme a un juicio objetivo y abstracto, establecido de acuerdo al curso normal, natural, ordinario, regular y probable de las cosas. De ese modo las diligencias desplegadas en la intervención quirúrgica de una fractura expuesta comprende, como riesgo probable e inherente a la misma, la posibilidad de desarrollar un cuadro infeccioso con virtualidad para provocar la sepsis generalizada o la gangrena del miembro, consecuencias éstas objetivamente previsibles de acuerdo a la índole de la práctica. En ese caso el juicio de previsibilidad se encastra en el plano de la causalidad y calificará como mediato o casual al resultado obtenido o fracasado¹³. La nueva redacción del mayor deber de previsión, admite calibrar a este último de conformidad a

¹⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, “*Resarcimiento de daños*”, tomo 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pag. 276.

¹¹ AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 235 a 237.

¹² Véase, AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, págs. 675 a 686.

¹³ La diligencia incluidas en esa práctica médica es idónea para producir esos efectos, con prescindencia de la corrección (cumplimiento) o incorrección (inejecución) de la prestación a cargo del profesional, y más aún del reproche subjetivo que se le endilgue a su conducta (mala praxis o culpa). La diligencia precede a la culpa, pues es el parámetro que define el cumplimiento o, por su ausencia, el incumplimiento.

las calidades personales del agente, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe desarrollarse la diligencia exigible, y por ende calificar al *daño* que se siga de su ejecución u omisión como previsible en concreto y, por lo tanto, imputable a aquél a título de culpa¹⁴. De ese modo, la evaluación de la diligencia llevada a cabo por un traumatólogo al momento de enyesar un miembro fracturado es más estricta que para el médico de emergencias con relación al riesgo del “síndrome compartimental”, cuyas consecuencias son la pérdida de irrigación y la necrosis del tejido con la consiguiente amputación.

3.3.2 La previsibilidad abstracta y objetiva de las consecuencias causales.

El art. 1725 del Proyecto en su último párrafo modifica parcialmente el texto del art. 909 C.C. sustituyendo la estimación de “*los hechos voluntarios*” incorporada en la redacción original, por la valoración de “*la conducta*”. La norma proyectada importa un avance con relación al dispositivo vigente, pues independiza la evaluación objetiva, abstracta, general de las acciones causales, “tomando como parámetro de conducta exigible, lo que un hombre medio haya debido o podido prever obrando con prudencia y diligencia”¹⁵, de la evaluación concreta, inherente a la culpa, a la induce la *estimación de los hechos voluntarios*. La *voluntariedad de la acción* es extraña a la valoración causal de la conducta y de sus consecuencias, en tanto esta última también se refiere a hechos que prescinden de dicha voluntariedad, como los producidos por el “riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (art. 1757, primer párrafo), para los cuales la responsabilidad es objetiva y no admite como eximente “el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

El dispositivo complementa la regla de los mayores deberes de previsión. Esta última ajusta la previsibilidad en concreto cuando tiene en cuenta las calidades del agente, y, al mismo tiempo, evalúa objetiva y abstractamente las consecuencias en función de la índole de la diligencia y conducta exigibles con los resultados a que conducen, mientras que la evaluación genérica de la conducta del art. 1725, tercer párrafo, prescinde de las “condiciones especiales” o “la facultad intelectual de una persona determinada”, para reducir o morigerar la conducta exigible.

3.3.3. La confianza especial.

La valoración de la conducta tiene como parámetros al agente y a la índole de la actividad cuyas consecuencias son los resultados a obtenerse (no dañar a otro o satisfacer el interés del acreedor) o evitarse (perjuicio a la víctima o al acreedor). El texto proyectado impone evaluar tanto “la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes” (art. 1725 segundo párrafo) cuando media *una confianza especial*. Se reitera, de modo redundante, la misma regla en el último párrafo del texto, aclarando innecesariamente que los “contratos que suponen una confianza especial” requieren estimar “el grado de responsabilidad por la condición especial del agente”.

Conforme al párrafo segundo del art. 1725, la confianza define una diligencia calibrada en concreto, sobre cuyas bases se fija el criterio de previsibilidad. Conforme al tercer párrafo, esa condición especial derivada de la confianza, determina el grado de responsabilidad.

Se trata de dos cuestiones diversas.

¹⁴ AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, cit. pág. 686 a 689.

¹⁵ ZANNONI, “*Cocausación de daños (una visión panorámica)*”, Rev. Derecho de Daños 2003-2-8.

La “naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes” impone el análisis de los riesgos a que se exponen acreedor y deudor, víctima y victimario, y las situaciones personales de cada uno de ellos a los fines de la prevención de los daños o de los efectos del incumplimiento obligacional. La regla ya está inserta en el art. 1137 del Código Civil francés, como modo de calibrar la diligencia abstracta del *buen padre de familia* por la diligencia concreta de las condiciones del deudor en una prestación fiduciaria. Desde esta perspectiva, la obligación de guarda derivada del contrato de depósito impone una mayor diligencia al depositario profesional (el veterinario que cuida al perro durante el viaje del depositante) que con relación al depositario no profesional (el vecino o el hermano a quien se confía el animal), con relación a las consecuencias que son previsibles (la enfermedad que aqueja al can).

La confianza especial que determina “el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente” ha llevado a sostener una atenuación de la *culpa del deudor*. La regla de ninguna manera admite esa interpretación. La *condición especial* cuando se relaciona con el factor subjetivo de la culpa, lo único que establece como condición es verificar la omisión de una diligencia acotada a las calidades, arte, oficio o profesión del obligado, como la diligencia que cada uno pone en sus propios asuntos sentada para el contrato de depósito. De ese modo, así como la diligencia exigible a un depositario no profesional (el vecino que cuida el perro) es diversa a la exigible al profesional (el veterinario), el resultado dañoso (la muerte derivada de la enfermedad que aquejó al animal) se evalúa más atenuadamente con respecto a la culpa (omisión de detectar la dolencia y, en su caso, de tratarla) que se impute al primero (por su carácter de lego y sus posibilidades concretas de conocer la enfermedad), y más agravada para el segundo (atento su profesionalidad y sus específicas capacidades para reconocer la dolencia y sus efectos).

La confianza especial constituye una excepción a la regla genérica por la que la previsibilidad del obrar se evalúa de acuerdo a un estándar promedio del *hombre promedio*.

3.3.4 La previsibilidad contractual.

El art. 1728, primer párrafo, establece que “en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”.

La regla responde al pensamiento de Lorenzetti¹⁶, la que se explicita en los Fundamentos del Proyecto, donde se señalan los motivos y los fines que justifican el texto: “a) su ámbito de aplicación son los contratos, a diferencia de la redacción original del Código Civil, que la establecía “para los daños e intereses de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero” (Título III, artículo 520). Ello generó litigios sobre el grado de extensión de esa limitación, que ahora es restringido sólo a los contratos. b) Esta es una regla que se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuando mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad. c) Se hace excepción al caso en que exista dolo, como es tradición. d) No se aplica a los contratos de consumo”¹⁷.

¹⁶ LORENZETTI, “*Tratado de los contratos*”, Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, págs. 621 a 626.

¹⁷ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, al Título V: Otras Fuentes de las Obligaciones, Capítulo 1. Responsabilidad civil, punto 8.

Asimismo la solución tiene por antecedente el art. 1225 del Código Civil Italiano, y el precedente “*Hadley vs. Baxendale*” vigente en el *Common Law* por el cual se resarcen las consecuencias que deriven del conocimiento específico que tengan las partes¹⁸.

La previsión contractual se refiere tanto a las consecuencias resarcibles, reduciendo o ampliando la extensión del resarcimiento (verbigracia, acotando la reparación a las consecuencias inmediatas), a hipótesis específicamente anticipadas que normal y ordinariamente escaparían a la previsibilidad regular (por caso, la exclusión de determinados riesgos improbables pero exorbitantes por alguna de las partes, pactos de garantía o asunción del caso fortuito); o a la atenuación o agravamiento de la responsabilidad emergente por la regulación de las obligaciones de medios y de resultado que deriven del contrato.

3.3.5 El dolo.

“Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”. El último párrafo del art. 1728 fija la previsión contractual, específica y concreta, respecto de los daños que se originen con motivo del incumplimiento, no ya evaluada al momento de la celebración del contrato, sino del acto de inejecución. Como tal puede subsumir el hecho de terceros que normalmente sería una consecuencia causal, tal como la pérdida de luminosidad del inmueble locado por construcciones vecinas si existe dolo del locador (art. 1204).

La norma acota el agravamiento de las consecuencias resarcibles en razón del dolo para las obligaciones de origen convencional. El Proyecto se aparta de las reglas sentadas en el art. 904 C.C. por el cual “las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto”, y en el art. 905 C.C. que atribuye las consecuencias puramente casuales al autor “cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”. Las normas actualmente vigentes carecen de controversia doctrinaria y jurisprudencial¹⁹, por lo que la solución del Proyecto que la reduce al ámbito contractual introduce una importante laguna axiológica en el sistema de la responsabilidad civil por hechos ilícitos y por incumplimiento de obligaciones cuyas causas fuentes no son los contratos.

4. Adopción de otros modelos de causalidad.

La *causalidad adecuada* se erige en la regla general para calificar a toda conducta y su consecuencia en el sistema de la responsabilidad civil con función resarcitoria (art. 1726), y, dado el alcance y extensión dados a la definición de causalidad, a todo otro supuesto en el que se aluda al fenómeno causal.

De ello se deduce que:

- a) Se erige en el método para calificar como “previsible la producción de un daño”(art. 1711) o para “evitar causar un daño no justificado” (art. 1710 inc. a), con lo cual también comprende los supuestos de la responsabilidad civil con *función preventiva*, aún cuando metodológicamente esté tratada para la función resarcitoria.
- b) Aplica sus presupuestos (modo de calificar la conducta) y sus corolarios (determinación de la autoría y de la extensión del resarcimiento), a todas las hipótesis de

¹⁸ AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, ob. cit. pág. 236 y 237. VISINTINI, “*Trattato breve della responsabilità civile*”, 2da Edición, Cedam, Padova, 1999.

¹⁹ ORGAZ, “*El daño resarcible*”, Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 158. GOLDENBERG, “*La relación de causalidad ...*”, cit. pág. 105 ya 107.

responsabilidades especiales donde se refiera al *daño causado, daño ocasionado, causar/provocar/ocasionar un daño*.

Sin embargo, el Proyecto abandona el modelo de la causalidad adecuada para adoptar otras teorías causales, lo cual se infiere al utilizar paradigmas y cánones extraños a la primera.

4.1 Adopción de la Equivalencia de las condiciones o Teoría de la *Conditio sine qua non*.

La teoría de la equivalencia de las condiciones indica como *condiciones* que producen un resultado a la totalidad de los factores que inciden en su acaecimiento; de ese conjunto, es *condición necesaria* aquélla que tiene entidad suficiente por sí misma para producir la consecuencia; una condición necesaria se constituye en una *conditio sine qua non*, si de faltar o no ocurrir, el resultado no se habría ocasionado. El concepto de *causa* se reserva para esta última acepción, el concepto de *condición* alude al factor necesario por el cual se produce la primera, y la noción de *ocasión* a las simples condiciones en que ocurre el evento dañoso²⁰.

La *equivalencia de las condiciones* es el modelo con el cual se atribuye la *autoría* de los daños a quienes *en ocasión* de sus acciones u omisiones se producen los perjuicios resarcibles. En esta segunda acepción, el ejercicio de una función o de un rol, aún cuando sus actos no sean la causa inmediata o mediata previsible del resultado provocado, deviene la condición sin la cual ese efecto se habría producido.

La *conditio sine qua non* es presupuesto causal de la responsabilidad del tutor, por los daños causados al tutelado “en el ejercicio o *en ocasión* de sus funciones” (art. 118); de los administradores de una persona jurídica por los daños causados a ésta, a sus miembros o terceros, “en el ejercicio o *con ocasión* de sus funciones” (art. 160); del principal por los danos que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o *con ocasión* de las funciones encomendadas” (art. 1753); y de las personas jurídicas por “los danos que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o *con ocasión* de sus funciones” (art. 1763).

En tanto el vínculo causal no se acota a la *autoría de los daños causados*, sino que también se aplica para calificar a las consecuencias de los hechos y actos jurídicos, la equivalencia de las condiciones ingresa para definir al *consumidor* a “quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o *en ocasión de ella*, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” (art. 1092); y aplicar la colación de deudas y los intereses que éstas devenguen, “a las sumas de las cuales un coheredero se hace deudor hacia los otros *en ocasión de* la indivisión, cuando el crédito es relativo a los bienes indivisos, excepto que los segundos perciban el pago antes de la partición” (art. 2399 y 2400, éste último relativo a los intereses).

4.2 Adopción de la Causalidad Próxima.

El término *directo* que se utiliza en un texto legal para calificar a una consecuencia, resultado o daño, apela a la teoría de la *causalidad próxima* por la cual, de todas las condiciones necesarias, se acota el juicio de causalidad al último evento temporal que

²⁰ VINEY, “*Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*”, L.G.D.J. París, 1982, pág. 411. HART-HONORÉ, “*Causation in law*”, cit. pág. 112 y 113.

produce el efecto, de manera tal que si el perjuicio ocurre muy poco tiempo después del acto ilícito, es improbable que otro evento tenga cabida para romper esa conexión causal²¹.

El Código Civil francés utiliza la fórmula en su art. 1151, al establecer en materia contractual que “los daños e intereses no deben comprender más que lo que es consecuencia inmediata *directa* del hecho dañoso”. Velez Sarsfield sustituyó esa alusión inherente a la causalidad próxima por el término *necesario* en el art. 520 C.C., restringiendo el alcance de las consecuencias resarcibles en materia obligacional.

Por ende, las *consecuencias* o *daños directos* son extraños al sistema vigente y de la responsabilidad civil fundada en la relación causal adecuada.

Sin embargo, el Proyecto utiliza la fórmula “*efectos dañosos directos*” para fundar la competencia judicial internacional en acciones de responsabilidad civil (art. 2656 inc. b), y “*consecuencias indirectas del hecho*” para determinar el derecho aplicable a la situación privada internacional (art. 2657).

La calificación de *directo* o *indirecto* es una innovación que plantea serias perplejidades al sistema (véase infra #5.4).

5. Funciones de la relación de causalidad.

Tradicionalmente se ha atribuido a la relación de causalidad las funciones de establecer la autoría (#5.1) y la extensión del resarcimiento (#5.2). Más recientemente hemos advertido una tercera función inherente al derecho de las obligaciones y, por extensión, a los deberes extracontractuales, que es la de calificar a esos vínculos como de medios o de resultado (#5.3). El Proyecto receta esas tres funciones y añade una cuarta que consiste en determinar la competencia y legislación aplicables en las acciones de daños derivadas de situaciones jurídicas internacionales (#5.4).

5.1. Autoría

La relación de causalidad atribuye al agente las consecuencias exigibles o resarcibles en razón de la virtualidad que tiene el hecho que ejecuta u omite de producir las primeras.

Conforme a la teoría de la causalidad adecuada, la autoría se fija en cabeza del sujeto cuya acción, positiva o negativa, es el antecedente eficaz, según el curso normal, regular, natural, probable y ordinario de las cosas, para alcanzar o frustrar el resultado impuesto (no dañar a otro) o asumido (satisfacer el interés del acreedor); una vez frustrado o estando en vías de fracasar ese resultado, el daño producido o inminente genera la obligación de resarcir o de prevenir a cargo del agente.

El Proyecto sienta sendas especies de imputación de los daños al autor sobre la base de la causa adecuada, si es *previsible* la producción o agravamiento del daño en la función preventiva de la responsabilidad, o si el perjuicio es consecuencia inmediata o mediata previsible en la función resarcitoria de aquélla (arts. 1711 y 1726).

Por excepción, adopta un régimen diferenciado para imputar las consecuencias, lo cual acaece para los daños causados “en ocasión de una función”, supuesto en el que rige la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* (véase supra 4.1).

La autoría debe ser probada por quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma (art. 1736, primer párrafo).

²¹ DIEZ-PICAZO, “*Derecho de daños*”, Civitas, Madrid, 2000, pág. 337 y 338. PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones de derecho privado. Obligaciones*”, tomo 3, cit. pág. 100 y 101. VINEY, “*Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*”, cit. pag. 412. HART-HONORÉ, “*Causation in law*”, cit. pág. 179

Por consecuencia, existe presunción de autoría en los siguientes casos que se enumeran a título ejemplificativo:

- i.- al principal por el hecho del dependiente (art. 1753);
- ii.- a los padres, tutores y curadores, por el hecho de los hijos y personas que tienen a su cargo, respectivamente (art. 1754 y 1756);
- iii.- al dueño o guardián de las cosas, cuyo riesgo o vicio provoca el daño, y de los animales (art. 1757 y 1759);
- iv.- al que realiza, se sirve o tiene provecho de una actividad riesgosa, por sí o por terceros (art. 1758, segundo párrafo);
- v.- a los dueños o ocupantes de un edificio del que cae o se arroja una cosa que provoca un daño (art. 1760);
- vi.- a los integrantes de un grupo determinado, si el daño procede de uno de sus miembros no indentificados (art. 1761);
- vii.- a los integrantes de un grupo que realiza una actividad peligrosa por los daños causados por alguno de sus miembros (art. 1762);
- viii.- al titular de un establecimiento educativo por los daños causados o sufridos por sus alumnos (art. 1767);
- ix.- al deudor de una obligación de medios (art. 774 inc. a) ante el incumplimiento absoluto o parcial de la misma, si el resultado ha fracasado²²;
- x.- el deudor de una obligación de resultado y de un resultado eficaz prometido (art. 774 incs. b y c), ante la insatisfacción del interés del acreedor (resultado fracasado, parcial o deficiente)²³.

5.2 Extensión del resarcimiento.

La determinación de cuáles de todas las consecuencias dañosas, producidas por el hecho atribuido al autor, son resarcibles, es fijada por la relación causal a través de la extensión del resarcimiento.

El Proyecto dispone, tanto para si el daño deriva de la violación del deber de no dañar a otro como al producido por el incumplimiento de una obligación (art. 1716), que “excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” (art. 1726, segundo párrafo). Se suprime de esa manera una de las dos diferencias sustanciales existentes, junto al plazo de la prescripción, en la actualidad entre el régimen contractual y extracontractual a tenor de lo reglado en los arts. 520, 521, 903 y 904 C.C., solución que se impone dada la unificación de sendas órbitas de responsabilidad fijada en el art. 1716, lo cual recepta los criterios que se vienen adoptando en los últimos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial.

Se señala como posibles excepciones admisibles a una expresa disposición legal. A manera ejemplificativa, se advierte una extensión del resarcimiento diferenciado en los siguientes casos:

- i.- En el contrato de transporte de cosas que “por su naturaleza, están sujetas a disminución en el peso o en la medida durante el transporte, el transportista *sólo responde por las disminuciones que excedan la pérdida natural.*” (art. 1312 primera parte).

²² AZAR, “Obligaciones de medios y de resultado”, cit. pag. 669 y 670. BUERES, “Derecho de daños”, cit. pág. 430, 438 y 439; “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, Rev. Der. Privado y Comunitario, t.17 pag. 95. PICASSO, “El incumplimiento de las obligaciones contractuales”, AMEAL-GESUALDI directores, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 1107 y 1108.

²³ AZAR, “Obligaciones de medios y de resultado”, cit. pag. 621 a 626.

ii.- En el contrato de donación, la responsabilidad del donante en caso de evicción se circunscribe a “indemnizar al donatario los gastos en que éste ha incurrido por causa de la donación. Si ésta es mutua, remuneratoria o con cargo, el donante debe reembolsarle además el valor de la cosa por él recibida, lo gastado en el cumplimiento del cargo, o retribuir los servicios recibidos, respectivamente. Si la evicción proviene de un hecho posterior a la donación imputable al donante, éste debe indemnizar al donatario los daños ocasionados. Cuando la evicción es parcial, el resarcimiento se reduce proporcionalmente.” (art. 1557).

iii.- La previsibilidad contractual sentada en el art. 1728 admite extender o reducir el especto de las consecuencias resarcibles, según lo “que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”. La previsión contractual puede ser expresa (por caso, una cláusula de limitación de responsabilidad a solamente las consecuencias inmediatas o sólo a determinados tipos de daños, excluyendo las consecuencias mediatas previsibles o el lucro cesante), o tácita. En este último caso, la negociación de un precio menor por determinados medios con los que se prevé alcanzar el resultado, es indicio de una posible delimitación de los daños que provoque el incumplimiento de la prestación al resultado que los “medios” pactados sean razonablemente idóneos para obtener²⁴.

5.3 Calificación de los vínculos de medios y de resultado.

La consecución de un resultado (no dañar a otro, satisfacer el interés del acreedor) en un vínculo jurídico (extracontractual u obligacional), se fija en función de la realización de una conducta o diligencia que es puesta como causa o condición para alcanzar el primero. De ese modo, la relación de causalidad sirve de fundamento para calificar a esa actividad comprometida como la causa inmediata o mediata (previsible o imprevisible) de la consecuencia impuesta o asumida, legal o convencionalmente, y define, por lo tanto, a los deberes y obligaciones como de medios o de resultado²⁵.

La función calificadora de esos vínculos es explícita en el actual art. 902 C.C. y se recepta en el Proyecto en diversos preceptos, entre los cuales se destacan:

i.- La distinción entre obligaciones de medios, de resultado y de resultado eficaz (art. 774); y

ii.- La definición de la “diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de sus las consecuencias” (art. 1725), dentro de las cuales se encuentra el resultado del deber de no dañar o de la prestación obligacional.

En este punto, la *previsión contractual* fijada en el art. 1728 es idónea para fijar determinados medios exigibles a los que se acota la obtención del fin (verbigracia, arts. 1008, 1253), para acotar el resultado a un objetivo anterior al normal, ordinario y regular que persigue el vínculo (por ejemplo, contratar al abogado para que realice el escrito de contestación de la demanda, sin asignarle la prosecución del juicio), o un resultado ulterior que agrave la responsabilidad del deudor (por caso, asumir el traslado del pasajero para que no sólo llegue sano y salvo al aeropuerto, sino para que aborde oportunamente el vuelo).

5.4 Determinación de la competencia y del derecho aplicable en acciones por daños del derecho internacional privado.

²⁴ AZAR, “Obligaciones de medios y de resultado”, cit. pag. 263.

²⁵ AZAR, “Obligaciones de medios y de resultado”, cit. págs. 213 a 229, 233 a 237, 615 a 626, 659 a 671, 709 a 710.

La relación de causalidad es el presupuesto utilizado por el Proyecto para definir una de las alternativas que determina la jurisdicción y el derecho aplicable en las acciones de daños en una situación privada internacional.

La competencia judicial internacional se fija en función de: “a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste *produce sus efectos dañosos directos*.” (art. 2656).

Al mismo tiempo, el artículo 2657 dispone que “el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que *se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión*”.

De esa manera, la definición de la competencia y del derecho aplicable se regula por el lugar donde se producen las consecuencias directas del hecho generador (definición positiva), y se excluye a aquél en que se verifican los efectos indirectos (definición negativa). En uno y otro caso, no se aluden a los *daños directos* o *indirectos* sino a las *consecuencias directas* o *indirectas* del hecho generador. La causalidad es el elemento calificador en ambas normas.

Tal como se desarrolló supra (véase acápite 4.2), se ha adoptado la teoría de la causa próxima o directa. La fuente de esos dispositivos se encuentra en el Reglamento de Roma II (Reglamento nº 864/2007 del Parlamento y Consejo Europeos del 11 de julio de 2007), relativo a la ley aplicable a las *obligaciones extracontractuales*.

El Considerando nº 16 de dicho reglamento explicita la solución prevista en el art. 2656, estableciendo la conexión con el país donde se produzca el daño directo (*lex loci damni*). En el Considerando nº 17 se encuentran los motivos que sustentan el art. 2657, en materia de legislación aplicable, “sobre la base de lugar en el que se produzca el daño, independientemente del país o países en los que pudiera haber *consecuencias indirectas*”. El citado Reglamento establece la regla en su artículo 4.1, fuente directa del art. 2657 del Proyecto.

La introducción de la *causalidad próxima* o *directa* en las acciones de daños derivadas de situaciones privadas internacionales introduce una verdadera incoherencia en el sistema unificado de responsabilidad civil definido por el Proyecto.

Debe advertirse preliminarmente que la fuente convencional (el Reglamento Roma II), regla exclusivamente la ley aplicable a una obligación extracontractual (art. 1º), concepto en el que se engloban a los daños generados por hechos ilícitos y por el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la *culpa in contrahendo* (art. 2.1). De esa manera el Proyecto ha extrapolado las reglas inherentes a la responsabilidad extracontractual así definida, a todo el sistema sin que exista identidad de las situaciones regladas por la Responsabilidad Civil tales como los daños derivados del incumplimiento contractual y de las obligaciones de otras fuentes no convencionales distintas a la *actio in rem verso*, *gestio negotiorum* y *culpa precontractual*.

La perplejidad se plantea al exigir al juez nacional evaluar su competencia y el derecho aplicable con parámetros diversos al régimen de la causalidad adecuada. Las reglas para definir el conflicto de leyes no guardan coherencia con las proyectadas para la responsabilidad civil, tanto preventiva como resarcitoria.

Se sustituyen las categorías *consecuencias inmediatas* y *mediatas previsibles* por *consecuencias directas*, sin que exista correlación entre las últimas con las primeras. Repárese que en una acción de daños derivada de una relación de consumo internacional, cuyas consecuencias mediatas previsibles se produzcan en el territorio nacional, vería desplazada la aplicación de la ley nacional por la extranjera (las

consecuencias mediatas previsibles son consecuencias indirectas para el art. 2657), con la exclusión del principio protectorio emergente de la Ley de Defensa del Consumidor.

6. Las eximentes fundadas en la ruptura del nexo causal: la causa extraña.

Un nexo causal adecuado se construye sobre la base de un juicio de probabilidad, naturalidad y regularidad que adjudica a un hecho determinadas consecuencias (la inoculación de una sustancia o el tratamiento de un paciente con artefactos o productos infectados, son idóneos para provocar normalmente el contagio o la transmisión de la infección, virus o bacterias, lo cual según el curso ordinario de las cosas produce la enfermedad o la muerte de la persona tratada o inoculada).

Ese iter entre el hecho del agente y el efecto atribuido admite, lógica, fáctica y jurídicamente, la posibilidad de ser desvirtuado a través de la ocurrencia de otra causa que desplace a la que es sindicada como probable, regular u ordinaria. Se está ante una eximente de responsabilidad que debe ser alegada y probada por quien la invoca, lo cual en un proceso de daños alude al victimario o deudor demandado o al responsable indirecto del perjuicio (arts. 1734 y 1736, segundo párrafo).

El hecho que excluye a la relación de causalidad, presupuesto esencial ésta de la responsabilidad civil, se denomina genéricamente como *causa ajena*. Esta unidad terminológica es la utilizada en los arts. 1722 y 1736, la cual está ausente en la nomenclatura del código vigente, no obstante su inclusión en los textos legales que reglan responsabilidades especiales (verbigracia, el art. 40 de la ley 24.240), y cuyo antecedente se remonta al art. 1147 del Código Civil francés²⁶, como la eximente que engloba al *hecho del damnificado*, al *hecho de un tercero extraño* y al *caso fortuito y fuerza mayor*.

En la terminología del Proyecto, la *causa ajena* es distinta a la *imposibilidad de cumplimiento* (véase art. 1736, segundo párrafo), aunque ambas eximentes son consideradas factores que excluyen la relación de causalidad.

Ese tratamiento conjunto unido a que la tipificación de la *asunción de riesgos* reglada en el art. 1719 reenvía al *hecho del damnificado*, introduce más de una perplejidad al sistema por la extensión asignada al concepto de una eximente inherente a la relación de causalidad, a situaciones jurídicas que constituyen causas de justificación que excluyen la antijuridicidad (véase infra # 6.4 y 6.5).

6.1 Hecho del damnificado.

El Proyecto fija posición respecto a la eximente de la *culpa* o *hecho de la víctima* en el art. 1729, donde define al mero hecho del damnificado como factor causal único o concurrente (concausa) para excluir total o parcialmente el vínculo entre el hecho del agente y el daño producido, y con ello la responsabilidad emergente para este último.

En primer lugar, el *hecho del damnificado* es la eximente admisible que reemplaza a la *falta imputable a la persona que sufre el daño* del actual art. 1111 C.C. Con ello, las discusiones respecto a si se requiere *culpa* de la víctima, o un *acto ilícito* de este último, o lisa y llanamente un *hecho con entidad suficiente* para romper el nexo causal, quedan dirimidas a favor de esta última acepción, la cual ya venía siendo adoptada por un amplio sector de la doctrina nacional.

²⁶ Art. 1147 C.C.Francés: “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une *cause étrangère* qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part”.

En segundo lugar, el Proyecto admite que el *hecho del damnificado* constituya la causa exclusiva o conjunta que origina el daño (“La responsabilidad puede ser *excluida o limitada* por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño ...”), configurando en la primer hipótesis el factor excluyente del menoscabo y en la segunda la concausa, cuyas consecuencias son la exclusión total o la atribución parcial de la responsabilidad, respectivamente.

En tercer lugar, de constituir el hecho de la víctima o acreedor un factor concausal del perjuicio, la limitación de la responsabilidad debe hacerse en función de *la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño*, lo cual reenvía a evaluar la entidad causal adecuada en proporción a la intensidad que ha tenido para provocar el menoscabo, con prescindencia de la culpabilidad del agente o del damnificado²⁷.

En cuarto lugar, el mero hecho del damnificado es irrelevante para excluir la responsabilidad cuando “la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”. Las excepciones, entonces, derivan de tres fuentes diversas:

a.- Disposición legal. La ley exige exclusivamente a la *culpa o dolo*, con su categoría intermedia de la *culpa grave*, entre otros, para la responsabilidad del franquiciante, quien responde “por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado” (art. 1521). Asimismo, se excluye al *hecho del damnificado* como eximente en el art. 1767, relativo a la responsabilidad de los establecimientos escolares por daños sufridos por los alumnos o causados por éstos, dado que “la responsabilidad es objetiva y *se exige sólo con la prueba del caso fortuito*”.

b.- Estipulación convencional. La previsión expresa al momento de celebrar el contrato a la que alude el art. 1728, permite circunscribir a la culpa o al dolo del acreedor como eximente total o parcial de las consecuencias resarcibles, lo cual implicaría un agravamiento de la responsabilidad para el deudor.

c.- Las circunstancias especiales. La supresión del mero hecho del damnificado como factor causal o concausal excluyente de la responsabilidad, o la exigibilidad de que su conducta le sea imputable a título de culpa o dolo para atribuírsele ese efecto, pueden ser inferidas y deducidas de “cualquier otra circunstancia especial”. Tal es el caso del hecho imputable al agente del daño, comprensivo tanto del incumplimiento precedente del deber o de la prestación, cuanto de su dolo, el cual subsume la culpa o hecho de la víctima²⁸.

Subsisten, sin embargo, las siguientes incógnitas, entre otras tantas, respecto al *hecho del damnificado* como temas pendientes de resolución por la doctrina y la jurisprudencia:

i.- si la evaluación de la incidencia causal del hecho del damnificado, en materia de responsabilidad obligacional, debe realizarse al momento de configurarse el incumplimiento del deudor o de producirse el acto lesivo, si éste fuera posterior;

ii.- cuál es el tratamiento, para todo el régimen de responsabilidad civil - contractual y extracontractual-, a conferírsele al *hecho no imputable del damnificado* que concurre en la causación del perjuicio, cuando aquél, además de no ser culpable, es previsible y evitable para el agente del daño²⁹, cuestión explícitamente tratada por el art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor, replicable a la responsabilidad por las cosas y actividades

²⁷ PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones de derecho civil ...*”, cit. Tomo 3, pág. 119.

²⁸ GOLDENBERGO, “*La relación de causalidad ...*”, cit. Pág. 164. PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones de derecho civil ...*”, cit. Tomo 3, pág. 114 y 119.

²⁹ VINEY, “*Traité de droit civil ...*”, cit. pág. 509.

riesgosas o peligrosas (art. 1757), y por el incumplimiento de las obligaciones de *resultado eficaz comprometido* (art. 774 inc. c);

iii.- si el *hecho del damnificado* debe revestir los caracteres de imprevisible o inevitable para que la eximente sea operativa en el campo de la responsabilidad obligacional, para la cual la imposibilidad de cumplimiento es la eximente específica (art. 1732), en tanto esta última se estructura sobre la base del caso fortuito o de la fuerza mayor (art. 955), y dado que para el hecho del tercero extraño sí se requiere esos caracteres (art. 1731) que están ausentes en el art. 1729.

6.2 Caso fortuito y fuerza mayor.

El hecho imprevisible o, siendo previsto, inevitable tipifica al *caso fortuito* como eximente que rompe el juicio de previsibilidad del nexo causal. En tanto ese hecho configura un factor que desplaza el curso normal y ordinario de las cosas entre la acción, iniciada o a iniciarse por el agente, y la consecuencia atribuible, requiere ser evaluado con iguales parámetros, es decir de manera objetiva y abstracta.

Los lineamientos seguidos por el Proyecto son:

a) La definición del *caso fortuito* (art. 1730) en iguales términos que el actual art. 514 C.C.;

b) La asimilación de las consecuencias entre el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, aún cuando sus conceptos difieran en cuanto al origen que determina lo imprevisible o inevitable (hecho natural en el *casus*, hecho del hombre en la *vis maior*), a cuyo fin ambos términos se toman como sinónimos (art. 1730, segundo párrafo);

c) La eximición de responsabilidad, sin especificarse si la misma es total o parcial a diferencia de las aclaraciones que se formulan tanto para el *hecho del damnificado* (art. 1729) como para el *hecho de un tercero extraño* (art. 1731), salvo disposición en contrario. Los supuestos en que se impone la responsabilidad por el caso fortuito, son, a modo enunciativo, la asunción de una obligación de garantía (art. 1733 inc. a), la imposición legal del *casus* (art. 1733 inc. b, 763, 1201, 1536 inc. d, entre otros), la mora precedente (art. 1733 inc. c), la culpa en la producción del hecho imprevisible o inevitable (art. 1733 inc. d), el riesgo si el caso fortuito es consecuencia o derivación de esa calidad de la cosa o de la actividad (art. 1733 inc. e), o si la obligación es de restituir como resultado de un hecho ilícito (art. 1733 inc. f).

d) La calificación del *caso fortuito*, comprensivo de la fuerza mayor, como una eximente específica y distinta al *hecho de la víctima* y al *hecho del tercero extraño*, distinguiéndose de éstos últimos y con un régimen específico que no admite ya subsumir en la primera categoría a las dos otras eximentes que rompen el nexo causal³⁰.

El tratamiento de la figura introduce las siguientes cuestiones a despejar:

i.- si la asimilación del caso fortuito con la *imposibilidad de cumplimiento*, en cuanto a sus efectos (art. 1733) y la expresa regulación de esta última como modo extintivo de las obligaciones (arts. 955 y 956), implica el desplazamiento del *casus* en materia de responsabilidad contractual al exigirse que revista además los caracteres de la imposibilidad absoluta y objetiva para valer como eximente o si aquél concurre autónomamente –y en esta hipótesis, bajo qué condiciones- con el impedimento sobreviniente del pago;

ii.- si el carácter de *externo*, el cual está expresamente previsto para excluir la responsabilidad del hotelero (art. 1371), del depositario (art. 1376), del prestador de cajas de seguridad (art. 1413), del titular de hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros

³⁰ VAZQUEZ FERREYRA, “El caso fortuito o la fuerza mayor y la relación de causalidad”, Rev. Der. Daños, 2003-2, 367.

establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso (art. 1375), del dueño o explotador de una cosa o actividad riesgosa (art. 1733 inc. e), entre otros, no requiere configurarse en los demás supuestos en que se alude genéricamente al *caso fortuito*; si por el contrario, la noción de este último exige esa calidad, cuál es la inteligencia a dársele a los preceptos que explícitamente aluden a lo *externo*;

iii.- si la *exclusividad* es condición dirimente para que el caso fortuito valga como eximente³¹, en atención a la redacción empleada para el art. 1730 en comparación con los arts. 1729 y 1731.

6.3 Hecho de un tercero extraño.

La irrupción de un sujeto, distinto al agente o deudor y a la víctima o acreedor insatisfecho, extraño a ambos, cuya acción u omisión desplaza a los primeros en el proceso causal que lleva a la producción del menoscabo, es idóneo para eximir al obligado primigenio en la responsabilidad emergente del incumplimiento del deber de no dañar a otro o de la prestación creditoria, en tanto constituye un factor distinto con mayor idoneidad y eficiencia para erigirse en la única causa o en la concausa del perjuicio. La eximente se refiere al vínculo causal que corresponde atribuírselo exclusivamente a ese tercero o conjuntamente con el hecho del mismo autor presunto que también contribuyó concausalmente al daño, dando lugar a la eximición total o parcial, respectivamente, a la que alude explícitamente el art. 1731 del Proyecto.

La tipificación de la eximente se caracteriza:

a.- Por la *extrañeza* del tercero, definida en términos negativos como aquél “por quien no se debe responder”. Están, consecuentemente, excluidos de invocar esa eximición los sujetos a quienes se atribuye responsabilidades reflejas regladas en la Sección Sexta (arts. 1753 a 1756), las personas jurídicas por el hecho de sus representantes (art. 1763), el Estado por el obrar de sus funcionarios y agentes, sea cual sea la regulación definitiva que se le de a la cuestión (atento al temperamento adoptado para los arts. 1764 a 1766), los miembros del *grupo* a menos que se demuestre ser ajeno a la producción del daño (art. 1761 y 1762), y los sindicatos en disposiciones específicas (por caso, los arts. 1254, 1767).

b.- Por la exigencia de que el hecho del tercero extraño revista los mismos caracteres que el *caso fortuito*. La alusión a este último no arroja dudas respecto a que la ocurrencia del accionar del tercero sea imprevisible o inevitable, lo cual impone evaluarse con iguales calidades de objetividad y de abstracción, y, por definición, siempre la *exterioridad* entendida como un sujeto ajeno al ámbito del presunto responsable (no es tercero ajeno, por no ser *externo*, un pasajero que se aloja en un hotel y que roba o destruye los efectos de otro pasajero a tenor de lo dispuesto por el art. 1371).

Al igual que para las eximentes precedentes, se plantean como incógnitas para el esclarecimiento posterior:

i.- si en razón de la equiparación con el caso fortuito establecido en el art. 1731 (“Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder *debe reunir los caracteres del caso fortuito*”), corresponde hacer extensivo al *hecho del tercero extraño* las condiciones y limitaciones fijadas en el art. 1733;

ii.- si, tanto si se admite que el art. 1733 sea aplicable a esta eximente, por un lado, como en todos los demás casos en que se deba evaluar la *imprevisibilidad*, *inevitabilidad* o *exterioridad*, por el otro lado, la actual redacción del art. 1731 impone

³¹ VINEY, “*Traité de droit civil ...*”, cit. pág. 464.

una valoración de los hechos y de la prueba de modo restrictivo tal como lo viene sosteniendo doctrina calificada, o, si por el contrario, la asimilación con el casus sigue los lineamientos generales de este último³².

6.4 La imposibilidad de cumplimiento.

La imposibilidad de pago es doblemente tratada en el Proyecto. Primeramente, se la tipifica como un modo extintivo de las obligaciones en los arts. 955 y 956. Posteriormente, se la regula a continuación del *hecho del damnificado, caso fortuito y hecho de un tercero ajeno*, en el art. 1732, dentro de la materia relativa a las *causas ajenas*, para luego, en el art. 1733, establecer las condiciones exigida a los fines de eximir de responsabilidad, fijándose reglas idénticas y comunes tanto para el casus como para la imposibilidad de cumplimiento.

La inclusión de esta última figura dentro de las eximentes propias a la ruptura del nexo causal impone determinar si la imposibilidad de pago constituye una *causa ajena* en la responsabilidad contractual y, en tal caso, cuál es el régimen jurídico aplicable.

La misma redacción del Proyecto, pese a la metodología y a la regulación de sus efectos, descarta esa asimilación. En efecto, el art. 1722 define a un *factor objetivo de responsabilidad* como aquél para el cual “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”. De ser la imposibilidad de pago una especie de *causa ajena* (tal como se infiere de su tratamiento sistemático en los arts. 1732 y 1733), sería una eximente aplicable para la responsabilidad obligacional de corte objetivo (a tenor de lo establecido por el art. 1722), lo cual está descartado al constituir la primera un modo extintivo de todo vínculo creditorio, incluidos aquellos que reconocen como causa de imputación a la culpa (art. 955). Esta constatación ya es demostrativa de la incoherencia de incluir a la figura en el lugar y con el alcance fijados por los arts. 1732 y 1733. A ello se añade que por los principios lógicos de razón suficiente y de no contradicción, si una obligación se ha extinguido por imposibilidad de pago, la inejecución de la prestación que se pretenda atribuir al deudor no le es exigible y su conducta no es *ilícita* al carecer de deber alguno que le imponga el cumplimiento (ya no existe la obligación por su extinción). Por ende, la imposibilidad de cumplimiento nunca es una *causa ajena* que destruye el nexo de causalidad, porque previamente ha descartado la antijuridicidad de la acción u omisión atribuida al deudor. La imposibilidad de pago es una causa de justificación inherente a la responsabilidad contractual y no es una causa ajena que excluye la relación de causalidad³³.

Sin embargo, las perplejidades no terminan allí. Existe una redundancia normativa que lleva a una remisión circular de normas, lo cual evidencia o bien una tautología, o bien una incoherencia con serias dificultades interpretativas. Efectivamente, el art. 1732 declara que la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida exime de responsabilidad al deudor. Previamente, el art. 955 establece que “la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, *producida por caso fortuito o fuerza mayor*, extingue la obligación, sin responsabilidad”, con lo cual el casus tipifica y estructura a la primera. Pero luego, el art. 1733 fija las condiciones bajo las cuales es invocable la imposibilidad de cumplimiento y el caso fortuito, en este supuesto como una causa ajena. Entonces, si el caso fortuito configura a la imposibilidad sobrevenida (conf. el art. 955), o bien deviene redundante y tautológico requerir que esta última reúna las condiciones de eximición para el primero (conf. art. 1733); o bien, se está ante dos figuras distintas, en las cuales el *caso fortuito* reglado como elemento

³² PIZARRO-VALLESPINO, “Instituciones de derecho civil ...”, cit. tomo 3, pág. 125.

³³ AZAR, “Obligaciones de medios y de resultado”, cit. pág. 633.

del modo extintivo (art. 955) es diferente al que especifica la causa ajena, máxime si en esta última regulación se han incluido dos parámetros, “las exigencias de la buena fé y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos” (art. 1733), que estaban ausentes al tratarse el impedimento de pago como modo extintivo de las obligaciones.

6.5. La *asunción de riesgos*.

El art. 1719 prevé que “la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como *un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal*”.

La *asunción de riesgos* se ubica a continuación de las *causas de justificación* que excluyen la ilicitud en la conducta del agente, aunque el dispositivo demanda que la primera reconozca los caracteres del *hecho del damnificado* reglado como *causa ajena* del nexo causal.

La remisión expresa al art. 1729 exige establecer si la *asunción de riesgos* constituye una especie de *causa extraña* o si la misma se emplaza en el ámbito de la ilicitud como un elemento que legitima la conducta del agente del daño.

La exigencia que la exposición voluntaria a un riesgo revista los caracteres de esa especie de causa ajena, es un requisito que no tipifica a toda la figura. En efecto, además de reconocer las calidades del *hecho del damnificado*, la *asunción* requiere la existencia de un riesgo o peligro, el conocimiento de ese hecho por parte del eventual perjudicado y la aceptación a exponerse a esas contingencias.

Por lo expuesto, a diferencia de lo que ocurre con la imposibilidad de cumplimiento, la regulación y metodología seguida por el Proyecto es correcta, en tanto la *asunción de riesgos* deviene una causa de justificación que excluye la ilicitud.

A ello se añade que en materia de responsabilidad contractual, la exposición voluntaria a un riesgo en una obligación de resultado implica la atenuación del régimen de ésta como una obligación de medios, pues la *asunción* excluye al factor objetivo que subyace en ese tipo de obligaciones³⁴.

³⁴ AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, cit. pág.646 a 651.