

CUESTIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹.

Por Rodrigo Padilla.

Sumario: 1) Sobre las fuentes de las Obligaciones; 2) La responsabilidad civil; 3) Sistema de responsabilidad civil. Sus presupuestos o elementos. Crítica; 4) Funciones de la responsabilidad civil; 5) Algunos aspectos relevantes de la nueva regulación en materia de responsabilidad civil.

1) Sobre las fuentes de las Obligaciones.

En cuanto a las fuentes de las obligaciones, a mí en particular me gusta enseñar que en general las causas de las obligaciones son cinco, a saber: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley. De hecho ya Pothier señalaba que “Las causas de las obligaciones son los *contratos*, los *cuasi contratos*, los *delitos*, los *cuasi delitos*, algunas veces la ley o la simple equidad”².

Ahora bien, en el nuevo Código, en el Libro 3ero (Derechos Personales) se regula en el Título I Las Obligaciones en general; en el Título II Contratos en general (Título III Contratos de consumo; Tít. IV Contratos en particular); Título V “Otras fuentes de las obligaciones”: Capítulo 1 Responsabilidad civil; Cap. 2 Gestión de negocios; Cap. 3 Empleo útil; Cap. 4 Enriquecimiento sin causa; Cap. 5 Declaración unilateral de voluntad; y Cap. 6 Títulos valores.

Como puede apreciarse en el esquema general del nuevo Código son fuentes autónomas de las obligaciones las siguientes: 1) Los Contratos; 2) La Responsabilidad civil; 3) La Gestión de negocios; 4) El Empleo útil; 5)

¹ Puede verse este trabajo publicado en *Revista Anales de Legislación Argentina*, Luis F. P. Leiva Fernández (director), Año LXXV, n^o 27, octubre de 2015, La Ley, págs. 171 y s.s.; y en una obra de mi autoría titulada *Temas Fundamentales de Derecho Civil en el nuevo Código de Derecho Privado*, editado por Bibliotex, impreso en Advocatus, Tucumán-Córdoba, 2016, págs. 69 y s.s.

² Conf. POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, versión directa de la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L. (impresa en San Pablo, Brasil), Buenos Aires, 1993, pág. 11. La cursiva me pertenece.

Enriquecimiento sin causa; 6) Declaración unilateral de voluntad; y 7) Títulos valores.

No obstante entiendo que todas estas nuevas categorías quedan comprendidas en aquellas clásicas que presenté e incluso se pueden reducir a menos -tal como esbozaran algunos jurisconsultos romanos-. Pero ello no constituye ninguna crítica, simplemente pedagógicamente es conveniente mantener el sistema de clasificación antedicho con las particularidades que ahora la legislación nueva, guiada por la doctrina moderna, recoge.

2) La responsabilidad civil.

El instituto de la Responsabilidad Civil está tratado en el nuevo Código desde los artículos 1708 al 1780. Como premisa quepa adelantar que el Proyecto le asignó una triple función: preventiva, sancionadora y reparadora (aunque por intervención del Poder Ejecutivo se le privó de toda función punitiva).

Por supuesto que debe aplaudirse que unifica ambos regímenes responsabilizantes (contractual y extracontractual).

Aunque es criticable la multiplicación de factores atributivos objetivos y la cuantificación que se practica al daño indemnizable.

3) Sistema de responsabilidad civil. Sus presupuestos o elementos. Crítica.

Si bien se pretende encarar normativamente a la responsabilidad civil como si se tratase de un “sistema”, desde mi humilde parecer no llega a configurar tal. Es decir que no constituye un “conjunto de reglas o principios sobre la materia, racionalmente enlazados entre sí”³. Para ello se debiera de haber estructurado la misma teniendo en consideración sus extremos (la acción, la norma jurídica, el responsable y el damnificado) siempre relacionados con su

³ Conf. PADILLA, René A., *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 9, específicamente en el prólogo que realiza Atilio Aníbal Alterini. Por cierto que esa definición no constituye sino la primera acepción que sobre el término “sistema” nos proporciona el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición.

núcleo (el daño)⁴; al menos si enfocamos su aspecto reparador, compensador o resarcitorio (que constituye su clásica función).

No obstante ello, hay que reconocer que se brinda cierto orden al regular los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil. En efecto, se parte de la **antijuridicidad** (la cual se presume) desde el art. 1717 y s.s. Luego se regula lo atinente a los **factores de atribución** (tanto los subjetivos, cuanto los objetivos) -arts. 1721 y s.s.-; para después encarar el tema de la **relación causal** -arts. 1726 y s.s.- y finalmente el **daño** por el que se debe responder - arts. 1737 y s.s.-

En las Secciones siguientes se regula la responsabilidad directa; por el hecho de terceros; la que deriva de la intervención de cosas y de ciertas actividades; la responsabilidad colectiva y anónima; supuestos especiales de responsabilidad; ejercicio de las acciones de responsabilidad; y la relación entre la acción civil con la penal.

4) Funciones de la responsabilidad civil.

Tradicionalmente se ha predicado que es a partir del daño que el ordenamiento busca su reparación bregando por volver las cosas al estado anterior. Por ello el daño constituía la esencia de la responsabilidad civil. Era el elemento que jamás podía faltar⁵.

⁴ Conf. PADILLA, René A., *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. En esa obra se presenta trece veces el esquema que menciono en el texto.

⁵ Los hermanos Mazeaud -juntos a Tunc- ya decían con toda claridad que “Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia suscita menos discusiones. La jurisprudencia se muestra unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin un daño; y la inmensa mayoría de la doctrina se contenta con registrar tal regla. En efecto *ese requisito aparece como integrando la esencia de la responsabilidad civil*. Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso se distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal... Esa es la regla general. Se refiere tanto a la responsabilidad delictual como a la contractual”, conf. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo I, Vol. I, traducción de la 5ª edición L. Alcalá Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1962, págs. 293 y s.s. Lo marcado con cursiva me pertenece. Claro está que no se pensaba ni remotamente en algo parecido al instituto que se denomina modernamente y en forma incorrecta como “daño punitivo”.

No obstante ello modernamente se ha intentado sumarle otras funciones a la responsabilidad civil, amén de aquella reparadora. Es así como se comenzó a hablar de una función preventiva y otra punitiva⁶.

Enrolado en esa última corriente se intentó dotar a la responsabilidad civil de aquellas tres funciones: **preventiva, punitiva y reparadora**. Pensando que así se establecía un “sistema”.

En ese orden de ideas el Proyecto reguló ese tríptico de funciones predicadas de la moderna responsabilidad civil. Aunque debo aclarar que la **función punitiva** sólo estaba contemplada para los derechos de incidencia colectiva. En efecto, rezaba el art. 1714 (**sanción pecuniaria disuasiva**) del Proyecto de esta forma “*El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva... La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*”. Pero aún hay más, puesto que a pesar de tener ese acotado campo, por iniciativa del Poder Ejecutivo el mentado artículo se suprimió (quepa aclarar que el ámbito del Derecho de consumidor tiene sus propias reglas, en donde sí se pueden aplicar los daños punitivos -art. 52 bis, ley 24240-).

Así que en definitiva sólo se podrá pregonar que la responsabilidad civil está regulada teniendo en consideración su función **preventiva y reparadora** (art. 1708). Nada tiene que ver, dicho sea de paso, la función punitiva (daños ejemplares, ex. art. 1714) con lo que los artículos 1714 y 1715 del nuevo Código predicán respecto de la punición excesiva y las facultades del juez (se trata de todo lo contrario, al suprimirse el originario art. 1714 y dividir el anterior art. 1715 en dos normas: precisamente los arts. 1714 y 1715).

5) Algunos aspectos relevantes de la nueva regulación en materia de responsabilidad civil.

Así las cosas simplemente voy a resaltar, con esa previa introducción, lo que me parece como lo más relevante en materia de responsabilidad civil. En particular abordaré, en forma harto superficial, el articulado de sus primeras

⁶ En mi opinión entiendo que siempre la responsabilidad civil cumplió al menos esas tres funciones. Por otro lado en el Derecho anglosajón es todavía más clara esa aludida función punitiva.

cuatro secciones en las cuales se encuentran los clásicamente denominados “presupuestos” de la responsabilidad civil, amén de algunas cuestiones generales que resultan de interés.

Ya dejando de lado el pretendido “sistema” (que en parte algo se avanza) y sus funciones (de las que sólo se reconocen la preventiva y reparadora), lo primero que salta a la vista y es digno de aplaudirse es la unificación de la responsabilidad contractual con la extracontractual. Aunque algunas diferencias “naturales” seguirán necesariamente subsistiendo entre ambas órbitas (vg. las reglas de la previsibilidad contractual -conf. art. 1728-), sin dudas que se avanza en este aspecto, haciéndose eco el Código nuevo del reclamo incesante de la doctrina vernácula.

Prelación normativa: luego de mencionar las funciones de la responsabilidad civil (aplicables a la “prevención” del daño y su “reparación” -art. 1708-), señala el art. 1709 que “*En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:*

- a) las normas indisponibles de este **Código y de la ley especial;***
- b) la autonomía de la **voluntad;***
- c) las normas supletorias de la **ley especial;***
- d) las normas supletorias de este **Código**”.*

Entiendo que esta norma de interpretación -propia de los múltiples subsistemas que tiene el nuevo Código- no resuelve el conflicto que puede presentarse en el inciso a). En todo caso, si fuera coherente la norma con los incisos c) y d), debiera de haber mencionado que en primer término se aplica la ley especial indisponible -imperativa- (simple aplicación del principio que la ley especial deroga a la general).

*Antijuridicidad*⁷: luego de establecer el deber de prevención del daño (1710 y s.s.) y determinar el deber de reparar el mismo (sea que tenga su génesis en

⁷ Debe tenerse en consideración que antes de hablar sobre la antijuridicidad corresponde hacer mención a la “acción”, con sus requisitos. En efecto, en otro lugar he señalado que “Lo que debe quedar en claro en

la violación del deber genérico de no dañar a otro o en el incumplimiento de una estricta *ob-ligatio* -art. 1716-), regula la materia de la **antijuridicidad**, la cual es *presumida* a partir de la producción del daño, al determinar que “*Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*” -conf. art.1717-.

Causales de justificación: voy a resaltar también que el Código menciona específicamente las **causales de justificación**, aquellas que borran la ilicitud de la acción. En efecto, el art. 1718 determina que está justificado el hecho que causa un daño si lo fue: en **ejercicio regular de un derecho** (inc. a); en **legítima defensa** propia o de terceros (inc. b); o para evitar un mal -mayor-, actual o inminente, que amenaza al agente o a un tercero (inc. c, **estado de necesidad**).

Asunción de riesgos: es destacable que el Código nuevo regula el tema de la asunción de riesgos (cuestión que se discutía en la doctrina y jurisprudencia), estableciendo en el art. 1719 que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro *no* justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad; salvo que ello configure un *casus* (hecho de la víctima) que interrumpa total, o parcialmente, el nexo causal, claro está.

materia de responsabilidad civil, es que siempre es necesario un *acto humano* que cause algún *daño*, a partir de allí el Derecho formulará algunos ‘juicios’ con el fin de averiguar si existe una *relación de causalidad adecuada* entre el mentado hecho y el daño generado; si existe *ilicitud* -lo que implica observar si la acción transgrede alguna norma-; en fin, si existe *atribuibilidad* a alguna persona y algún *factor de atribución* que justifique que se le califique, por todo ello, como ‘responsable’... la acción, para que sirva de primer escalón en la responsabilidad civil, debe ser ejecutada con *discernimiento, intención y libertad*; en este sentido hablamos de *acto voluntario del hombre*... Terminando con el tema de la *voluntariedad* de la acción, queremos aclarar que si bien los actos involuntarios no engendran obligación alguna y por lo tanto no existe responsabilidad que derive de éstos, ello es válido con los siguientes límites: 1) si el que ejecutó el acto se hubiere enriquecido, responderá con la ‘indemnización’ correspondiente; y 2) debemos tener presente que los jueces pueden disponer un ‘resarcimiento’ fundado en razón de la *equidad*. Sobre la cuestión de los *daños causados por actos involuntarios* dispone el nuevo Código Civil y Comercial que ‘El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de *equidad*. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1718. El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza’ (conf. art. 1750)”, conf. PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, págs. 21 y s.s.

Consentimiento del damnificado: A su turno el art. 1720 determina que el consentimiento “libre e informado” del damnificado, siempre que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión de “bienes disponibles”.

Esa norma se relaciona en forma directa con los arts. 55 (disposición de derechos personalísimos) y 56 (actos de disposición sobre el propio cuerpo). En pocas palabras se admite el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos si no es contrario a la ley, la moral o buenas costumbres. Además, si bien están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución en la integridad o sean contrarios a la ley, moral o buenas costumbres, ello es así “*excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona*” -art. 56-. Por cierto que la ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. Esto último solo nos recuerda que debe tenerse en consideración la normativa específica que resulte de aplicación directa sobre un determinado asunto -vg. ley de derechos de los pacientes-.

Factores de atribución: en materia de factores atributivos de responsabilidad expresamente señala que pueden ser subjetivos u objetivos, aunque también se aclara que en ausencia de normativa, el factor será la culpa (idéntica solución determinaba el Proyecto de 1998, en su art. 1602). Dicho sea de paso diré que esta solución me parece que comulga con la buena doctrina.

Factores objetivos: en cuanto a los factores de atribución objetivos señala que son aquellos en los que la culpa del agente es irrelevante a los fines de atribuir la responsabilidad (definiéndolos en forma “negativa”⁸). En esos casos

⁸ Sobre este punto ver el prólogo que realiza el maestro Fernando López de Zavalía al libro de mi autoría titulado *Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil*, El Graduado, Tucumán, 2001, pág. 8. Además puede verse, también de mi autoría, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014. En esta última obra señalé que “En cuanto a la imputabilidad objetiva debemos tener presente esta regla: que el factor de atribución será de naturaleza objetiva siempre que, ya sea por ley o por estipulación de las partes, se prescinda de la subjetividad del sindicado como responsable, o del propio agente causal. Como podrá advertirse acudimos -aunque no nos guste demasiado- a una definición negativa: habrá responsabilidad objetiva cuando la misma no sea subjetiva. Parece obvio, y lo es. Ello puesto que la

el responsable sólo se liberará demostrando la *causa ajena*, salvo disposición legal en contrario -art. 1722-.

A su turno el art. 1723 establece que si el deudor debe obtener un “resultado determinado”, su responsabilidad es objetiva. Así brinda acogida a esa criticable dupla obligacional (**obligaciones de medios y resultado**, doctrina tan difundida por Demogue, con verdadera génesis en el Derecho romano, el francés antiguo y la doctrina alemana⁹).

Factores subjetivos. Culpa: es claro que los factores atributivos subjetivos son la **culpa** y el **dolo**. Respecto de la culpa el art. 1724 brinda una definición muy parecida a la que determinaba Vélez Sársfield en el conocido art. 512 (luego tomado, entre otros ordenamientos, por el Código Civil español de 1889, art. 1104, 1ª parte). Así se define a la culpa en el nuevo Código: “*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*”.

Por otro lado, se aclara en esa misma norma, que la culpa “*comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*”¹⁰.

heterogeneidad de los factores objetivos nos impide llegar a una definición que abarque a todos ellos. Por ello no podemos brindar una definición única que sea adecuada para referirnos a la responsabilidad o imputabilidad objetiva (que alguna doctrina denomina directamente como supuestos de *reparabilidad* y no de responsabilidad)”, conf. *Curso de responsabilidad civil, ob. cit.*, págs. 49 y 50.

⁹ En otras obras he señalado que “respecto del origen de esta clasificación, hay que reconocerlo, aún no está muy definido. En efecto, hay autores que sostienen que ya los romanos conocían tal distingio. También se dijo que su génesis puede haber estado en la doctrina antigua alemana, o en autores franceses clásicos. Con más precisión, estudiosos en la materia han puesto de resalto que tal categorización fue vislumbrada por BERNHÖFT en el año 1889 mientras comentaba el proyecto del Código Civil alemán. Luego fue FISCHER quien las bautizó como obligaciones subjetivas y objetivas, términos que no han tenido más que una crítica unánime posterior. Después tal categorización es acogida por otros autores alemanes como BEKKER y HARTMANN. Todavía cuadra mencionar a los autores italianos OSTI y LEONE como precursores de esta doctrina, e incluso se han encontrado rastros de este distingio en las obras de DOMAT, GLASSON, GABBA y PLANIOL. Lo que no puede negarse, y nadie lo hizo, es que fue René DEMOGUE quien las sistematizó, haciéndolas, así, conocidas al mundo jurídico”, conf. PADILLA, Rodrigo, *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus -Madrid, España-, Ubijus -D.F., México-, 2013, págs. 179 y 180; también puede verse en PADILLA, Rodrigo, *Cuestiones sobre Derecho Registral, Notarial y Responsabilidad del Escribano*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2013, págs. 201 y 202.

¹⁰ También en la obra de mi autoría que tanto cito he señalado que no corresponde hacer “la doctrinaria diferenciación entre negligencia (lo que implica hacer ‘menos’ de lo debido, o no hacer), imprudencia (hacer

Ese mismo art. 1724 termina señalando que “*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”.

Factores subjetivos. Dolo: al señalar que el dolo también se configura cuando se cause el daño con manifiesta indiferencia, se está asimilando la **culpa grave** al dolo -*lata culpa dolo aequiparatur; lata culpa dolo similit est-*, doctrina muy difundida y aplicada por las leyes y los Tribunales en numerosas situaciones (accidentes de tránsito, en materia de seguros, etc.). Recordaré que el art. 1604, *in fine*, del Proyecto de 1998 señalaba que “La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo”.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que el autor doloso responderá de otros tipos de consecuencias -art. 1728, referido sólo al ámbito contractual; además que el Tribunal no tendrá atribuciones para reducir o atenuar la indemnización debida -art. 1742-. De allí la importancia de su acreditación en el proceso, aunque en puridad no es tan nítida la distinción entre el delito con el cuasidelito en la nueva legislación.

Valoración de la conducta: otra norma muy importante del nuevo Código se refiere a la valoración de la conducta. En realidad lo que viene a hacer el art. 1725 es fundir en una sola disposición dos normas del anterior Código, a saber: los arts. 902 y 909 (muy aplicables a los daños profesionales). Así, el art. 1725 determina que “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.*”

*Cuando existe una **confianza especial**, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.*

‘más’ de lo debido, y hacerlo mal, claro está; u obrar temerariamente), impericia (faltar a los deberes propios que una profesión, cargo, arte, u oficio imponen), desidia, etc., pues en definitiva, tanto por acción cuanto por omisión, todo significa lo mismo: ‘omisión de las diligencias debidas para describir la conducta irreprochable’ (según las palabras de A. A. Alterini), o sea: culpa”, conf. PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, pág. 44. Vale decir que no quepa duda alguna que la culpa comprende a la imprudencia, negligencia e impericia, tal como reza la norma del nuevo Código.

*Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una **confianza especial** entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.*

Relación causal: el nuevo Código toma partido, acertadamente, por la doctrina de la causalidad “adecuada”¹¹, criterio sostenido por la doctrina nacional mayoritaria, copiosa jurisprudencia y el propio Código Civil (art. 906, *in fine*, según ley 17.711).

En efecto el art. 1726 expresamente dice que “*Son reparables las consecuencias dañosas que tienen **nexo adecuado de causalidad** con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.*

Tipos de consecuencias: el art. 1727 viene a repetir una norma del Código de Vélez que se refiere a las consecuencias inmediatas y mediatas (art. 901). Así, el nuevo Código determina que “*Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código `consecuencias inmediatas`. 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`”.*

Ello tiene su importancia pues, como lo señala el artículo anterior, **sólo se imputan al autor del daño las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles**, no así las **casuales** (mediatas imprevisibles) y menos aún las **remotas** (tal como lo establecía el art. 906 del Código de Vélez).

¹¹ En su momento he señalado que “esta doctrina de la causalidad adecuada -repetimos que es la que goza de mayor aceptación- fue desarrollada por von Bar en el año 1871 y perfeccionada por von Kries años más tarde. La misma parte de una premisa básica: no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Aquella que, según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, constituye su causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes”, conf. PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, pág. 61.

Previsibilidad contractual: en materia de responsabilidad contractual se establece una regla específica, siguiendo la doctrina de Pothier¹² -quien siguió a Molineo o Dumoulin y éste a Paulo- (en el Código francés pueden verse los arts. 1150 y 1151; el Código español también sienta una regla “parecida” en el art. 1107).

En efecto, dice el art. 1728 del nuevo Código que “*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**”.*

Esta regla tiene un sentido muy claro que en los Fundamentos se especifica. Así, 1) 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” -art. 520-; 2) Esta es una regla que se aplica cuando las partes negocian el **precio** y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuanto mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio -y viceversa-, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad; 3) Se hace excepción al caso en que exista **dolo**, como es tradición; 4) **no se aplica a los contratos de consumo**.

Hecho del damnificado. Su culpa o dolo. Hecho de un tercero: los arts. 1729 y 1731 hacen referencia al hecho de la propia víctima y de un tercero. Es claro que en estos casos la responsabilidad podrá ser excluida o limitada. Es decir que el agente se liberará total o parcialmente según la incidencia que pudo haber tenido dicha circunstancia (si rompe la cadena causal, o si constituye una concausa).

¹² Ya decía el gran Pothier que “Es necesario, sin embargo, no someter el deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos”, conf. POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, versión directa de la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L. (impresa en San Pablo, Brasil), Buenos Aires, 1993, págs. 91 y 92.

En efecto, señala el art. 1729 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*”. A su turno el art. 1731 dice que “*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*”.

En pocas palabras, para servir como causa eximente, tanto el hecho de la propia víctima (con mayor razón su culpa o dolo), cuanto el hecho de un tercero, debe configurar un auténtico *casus*.

Caso fortuito. Fuerza mayor: el art. 1730 por su parte se encarga de definir lo que se entiende por caso fortuito asimilándolo a la fuerza mayor. Se sigue el concepto genérico brindado por Vélez en el art. 514 (en su nota Vélez decía que los **casos fortuitos naturales** son: la impetuosidad de un río, el terremoto, incendio; los casos de **fuerza mayor son hechos del hombre**: la guerra, el hecho del soberano, o la fuerza del príncipe). En efecto, dice el mentado art. 1730 que “*Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos*”.

Imposibilidad de cumplimiento: el art. 1732 se refiere a la imposibilidad de cumplimiento. Entiendo que esta regla bajo el imperio del Código de Vélez tenía operatividad haciendo aplicación de los principios contenidos en los títulos de los medios de extinción de las obligaciones, específicamente en el de imposibilidad de pago (arts. 888 y s.s.). El Código nuevo dice en el art. 1732 que “*El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos*”.

Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento: es claro que no siempre que ocurra un *casus* o sobrevenga una situación de imposibilidad de cumplimiento, automáticamente se liberará de

responsabilidad el agente, puesto que existen casos en los cuales igualmente seguirá obligado a responder del daño acaecido.

En este sentido dice el art. 1733 (siguiendo la regla que Vélez establecía en el art. 513, sumando nuevos supuestos) que: *“Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:*

*a) si ha **asumido** el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;*

*b) si de una **disposición legal** resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;*

*c) si está en **mora**, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;*

*d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su **culpa**;*

*e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una **contingencia propia del riesgo** de la cosa o la actividad;*

*f) si está obligado a restituir como consecuencia de un **hecho ilícito**”.*

Reglas probatorias: se puede decir que en general el nuevo Código recoge las reglas probatorias clásicas, aquellas que estaban avaladas por la doctrina, aplicada por los jueces y con sustento en máximas elaboradas hace siglos¹³. De hecho el Proyecto del año 1998 sentaba reglas similares -arts. 1618 al 1620-.

En efecto, señala el art. 1734 que se refiere a la **prueba de los factores de atribución y de las eximentes** que *“Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”*. A su turno el art. 1736 hace alusión a la

¹³ En el Derecho Justiniano se afianzó esta regla rectora del *onus probandi*: *incumbit probatio ei qui dicit non qui negat*. Ver, entre tantos autores, PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, págs. 46 y s.s. y 113 y s.s.

prueba de la relación de causalidad estableciendo 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. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca*”.

*Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*¹⁴: el tema de las cargas probatorias dinámicas es muy discutido en la actualidad y existen posturas que directamente señalan que son inconstitucionales (vg. Alvarado Velloso). No obstante ello en general la doctrina las ha admitido (Peyrano y Chiappini)¹⁵. De esta última tendencia se hizo eco el nuevo Código siguiendo el camino trazado por el Proyecto de 1998. Resaltaré que no debe confundirse la doctrina de la carga dinámica con la adjudicación a quien está en mejores condiciones probatorias, aunque en general se las asimile¹⁶.

¹⁴ No puedo hablar de cargas probatorias dinámicas sin hacer mención a un famoso artículo publicado en el año 1984 por los reconocidos procesalistas argentinos Jorge A. PEYRANO y Julio O. CHIAPPINI, titulado justamente “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, publicado en *El Derecho*, T. 107, págs. 1005 a 1007. En tal trabajo los juristas siguen las sabias enseñanzas de James GOLDSCHMIDT quien en su “teoría de la situación jurídica procesal” logró acuñar varios conceptos como los de posibilidades y expectativas procesales, y sobre todo el de “carga procesal”. Pues, “dentro del vasto repertorio de cargas procesales, le incumbe un papel de especial relevancia a la carga probatoria; carga probatoria que determina, recordamos, las llamadas ‘reglas de la prueba’; es decir las reglas identificatorias acerca de quién debe probar cierto hecho o circunstancia... Ahora bien, durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de ‘carga probatoria’, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor (se refieren a GOLDSCHMIDT); quien siempre concibió a su teoría del proceso como si fuera una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales... (No obstante) En los ejemplos aportados (un accidente de tránsito y un problema de familia), se ve claro -estimamos- el carácter ‘dinámico’ de las reglas en cuestión; en tanto y en cuanto no se atan a preceptos rígidos, sino que, más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto... dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en mira -e insistimos en el punto- a servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales; servicio, y bien sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo”, *art. cit.*, pág. 1005 a 1007. Lo marcado entre paréntesis me pertenece. Ver el desarrollo de esta doctrina en PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O., “El derecho probatorio posible y su realización judicial”, en *Tácticas en el proceso civil*, t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 39.

¹⁵ Ver: PADILLA, Rodrigo, *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus -Madrid, España-, Ubijus -D.F., México-, 2013, págs. 211 y s.s.; y PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, págs. 129 y s.s.

¹⁶ Hace unos años he tenido oportunidad de expresar que compartía las ideas del estimado profesor LORENZETTI quien señaló que se debe diferenciar las cargas dinámicas de la adjudicación a quien está en mejores condiciones. Esta última es una regla externa al proceso que ha sido desarrollada por la escuela del análisis económico del Derecho y que consiste en adjudicar la carga demostrativa a quien le resulte más barato producirla. Mientras que la distribución dinámica es un principio interno del proceso, que se desarrolló por oposición a las cargas “estáticas”, y su interés es flexibilizar en supuestos de excepción, aquellas reglas fijas. Entonces la distribución dinámica se opone a la “fija”, no habiendo razón para afirmar

Así, dice el art. 1735, que hace referencia a las **Facultades judiciales**, que “*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*”.

El daño: el eje, centro o núcleo de la responsabilidad civil lo constituye el daño. De ello nadie duda. Claro que esta premisa es válida si se la expresa teniendo presente la visión clásica de la responsabilidad civil, su función principal que consiste en reparar las consecuencias que ocasionó el autor del ilícito (“ilícito” en sentido amplio).

El Código ha optado por brindar una definición del daño¹⁷, ello a diferencia de los otros presupuestos responsabilizantes a los cuales en general no los define. Así, el art. 1737 define al daño. Ese art. da inicio a la Sección quinta que termina con el art. 1748 que señala, acertadamente, que el curso de los intereses comenzará desde que se produce cada perjuicio.

Daño resarcible. Definición: como señalé recién el daño se define en el nuevo Código en el art. 1737 que reza “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”.

Como puede observarse se opta por una definición “amplia” del daño resarcible. Resaltaré que ya el Proyecto de 1993 (PEN) señalaba en su art.

que la regla adjudicativa a quien está en mejores condiciones probatorias no vaya a ser fija. En realidad, esta última no tiene una relación directa con el par binario estático/dinámico, conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría general de la distribución de la carga probatoria”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Prueba I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, págs. 61 y s.s. y nuestra *Misión, derechos... ob. cit.*, pág. 217.

¹⁷ A nivel doctrinario y siguiendo a mi maestro, diré que daño es “la lesión disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido”. Quede claro que cuando digo “lesión disvaliosa” queda significada la esencia del daño, el cual comienza -antes de relacionarse con los otros puntos de conexión- por ser una “realidad” (material o no) disvaliosa; vale decir negativa, cotejada con un valor. A dicha “entidad” se le habrán de añadir las demás relaciones establecidas para conformar la definición jurídica del daño, enseña René Padilla. En efecto, ver su *Sistema de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 46.

1565 que existe daño siempre que se cause un perjuicio a otro, ya sea a su persona, o a su patrimonio, “o a sus intereses no reprobados por ley”. También el Proyecto de 1998 establecía que debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un “interés que no sea contrario a la ley”, si no está justificado (art. 1588).

La indemnización: es claro que **la indemnización es la consecuencia de la lesión**. De hecho en los propios Fundamentos del Anteproyecto -luego devenido en Proyecto y después en el Código actualmente vigente- se señala que se debe distinguir entre “daño” e “indemnización” en base a los siguientes criterios: “El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés es **individual** recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el título preliminar. También están incluidos los de incidencia **colectiva**.”

Esta caracterización hace que distingamos entre la **definición del daño-lesión y la indemnización**, lo que aporta más claridad en la redacción.

La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la **reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización**.

Por lo tanto **la indemnización es una consecuencia de la lesión**.

En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva”.

Teniendo ello presente, se puede entender la redacción del art. 1738, el cual reza de esta forma: “*La indemnización comprende la **pérdida o disminución del patrimonio** de la víctima, el **lucro cesante** en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y **la pérdida de chances**. Incluye **especialmente** las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.*

Requisitos del daño resarcible: la doctrina en general había determinado una serie de requisitos que debe tener el daño para que sea resarcido. Así, se decía que el daño debe ser *cierto* (no hipotético o eventual); que puede ser tanto *presente* cuanto *futuro* (siempre que sea probable su acaecimiento); *subsistente* (aunque si se reparó se puede pedir su reembolso); *propio* o personal del que reclama su reparación; *directo*; debe *afectar algún interés* legítimo del reclamante; y, finalmente, *guardar una vinculación causal* adecuada con su hecho generador¹⁸.

Pues bien, sobre el tema el art. 1739, primera parte, establece que “*Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente*”. En pocas palabras sólo requiere que el daño sea cierto y subsistente -aunque con las aclaraciones que realicé y que aún haré más adelante-.

Clasificación de los daños: debo advertir que el nuevo Código no contiene una clasificación de los daños como propugnaba cierta doctrina (patrimonial -material- y extrapatrimonial -daño moral-; inmediatos y mediatos; previsibles e imprevisibles; comunes y propios; extrínsecos e intrínsecos; etc.¹⁹). Más aún, en los Fundamentos puede leerse que “La comisión ha discutido si es necesario clasificar el **daño patrimonial, extrapatrimonial o moral**, distinguiendo distintos supuestos, pero se ha considerado que es una tarea que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia, ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan”. Vale decir que además de no clasificar a los daños, el nuevo Código tampoco contiene una lista de los casos en que puede presentarse un daño moral o, por el contrario, material. Ello es correcto, claro está.

*Pérdida de chance*²⁰: no obstante lo señalado anteriormente el nuevo Código, siguiendo la moderna doctrina (que difundió en forma magistral F.

¹⁸ Ver, entre tantos, PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, págs. 69 y s.s.

¹⁹ Ver, entre tantos autores, PADILLA, Rodrigo, *Curso de responsabilidad civil. Teoría general, presupuestos, conferencias, jurisprudencia y Código Civil y Comercial del año 2014*, Editorial UNSTA, Tucumán, 2014, págs. 70 y s.s.

²⁰ Recomiendo en este tema la lectura de VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice, “Les conditions de la responsabilité”, *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jaques Ghestin, 2^a Édition, Librairie Générale de

Chabas²¹) y legislación (vg. Código Europeo de Contratos -art. 163-) hace referencia expresa a una **clase especial de perjuicio**: la pérdida de chance - *perte d' une chance*-. Quepa aclarar que en puridad su aplicación jurisprudencial se viene practicando hace un tiempo considerable habiéndose consolidado en amplios sectores de la responsabilidad civil (vg. mala praxis galena y de abogados; indemnización por fallecimiento de un hijo; etc.). En efecto, la primera sentencia que alude a la pérdida de una chance es dictada por la *Cour de Cassation* francesa y data del año 1889.

Pues bien, sobre el particular el nuevo Código determina en el art. 1739, 2ª parte, que “*La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador*”.

Droit et de Jurisprudence, E.J.A., París, 1998, nº 278 y s.s., págs. 71 y s.s. Sobre el particular han escrito los Mazeaud-Chabas que si bien el perjuicio hipotético no debe ser reparado, “*Mais il est parfois difficile de déterminer si le préjudice invoqué est certain ou simplement éventuel. Notamment lorsque le demandeur réclame réparation de la perte d'une chance. Par exemple, un avoué ou un avocat chargé d'interjeter appel laisse passer les délais; son client l'assigne en responsabilité civile. On est tenté de repousser cette action en se fondant sur le caractère hypothétique du dommage : il n'est pas certain que la décision du tribunal aurait été réformée. Mais ce serait mal raisonner : le client de l'avoué négligent avait une chance d'obtenir que le jugement soit réformé par la cour d'appel; il l'a perdue, et cette perte lui cause un dommage. Aussi la jurisprudence accorde-t-elle réparation de la perte d'une chance; elle admet qu'il s'agit d'une préjudice, dont le quantum varie selon que la chance perdue était plus o moins grande*”, conf. MAZEAUD, Henri et Léon - MAZEAUD, Jean – CHABAS, François, *Leçons de droit civil, t. II, 1er vol., Obligations, théorie générale*, 8a ed. par François Chabas, Montchrestein E.J.A., París, 1991, nº 412, págs. 398 y 399. En lengua española, recomiendo el profundo estudio que realiza MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007. Entre los autores que estudiaron con énfasis esta figura voy a mencionar los siguientes: en Francia los ya citados hermanos Mazeaud (Henri y Leon); sus discípulos, actualizadores y hasta co-autores, François Chabas y André Tunc; la reconocida discípula de éste último, Geneviève Viney y su pupilo I. Haberer (quien a su tesis doctoral tituló *La perte d'une chance*, Sorbone, 1996), cuya dirección corresponde a la propia Viney. En España no puede dejarse de leer (así no se comparta algunas opiniones vertidas) el profundo estudio ya citado de Medina Alcoz. Por último, en Argentina merece destacarse la reciente obra de Trigo Represas. A todos ellos he citado para emitir mi opinión sobre el particular en el libro titulado *Misión, derechos, deberes y responsabilidad del abogado*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Reus -Madrid, España-, Ubijus -D.F., México-, 2013, págs. 293 y s.s.

²¹ CHABAS, François, “La perte d'une chance en droit français”, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, pág. 131 y s.s. En idioma español puede verse: CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el derecho francés”, traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV, págs. 928 y s.s. Por cierto que este jurista francés -lamentablemente fallecido en el año 2014- tiene publicado varios trabajos donde trata esta problemática, tales como: “La perte d'une chance du survie ou le confort intellectuelle”, *Nouvelle presse méd.*, núm. 10, 1978, págs. 861 y s.s.; “La perte d'une chance du survie. Vers un revirement de la Cour de Cassation?”, *Nouvelle presse méd.*, núm. 43, 1983, págs. 2726 y s.s.; “La perdita di 'chance' nel diritto francese della responsabilità civile”, *Resp. civ. previd.*, 1996, págs. 227 y s.s.; “Cent ans de responsabilité civile”, *Gaz. Palais*, núms. 236-237, 23 ag., 2000, Doctr., ap. 84.

Vale decir que la pérdida de chance será indemnizable en la medida en que su “contingencia sea razonable” y guarde una “adecuada relación de causalidad con el hecho generador”. Como se explicita en los Fundamentos, la referencia a la “contingencia razonable” (terminología no muy clara, es cierto) es el equivalente a la *probabilidad objetiva*, que debe concurrir con la relación de causalidad. Se trata de dos requisitos: 1) **certeza** de que, si no hubiera ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legitimado habría mantenido la **esperanza** de obtener una ganancia o evitar una pérdida futura; 2) **relación causal adecuada** entre el hecho y la pérdida de chances (todo ello según la doctrina defendida por François Chabas la cual comparto plenamente).

Reparación plena: por supuesto que el Código nuevo recepta como principio elemental que la reparación deba ser plena (aunque en los hechos ello o no es posible fácticamente o directamente existen limitaciones jurídicas). En efecto el art. 1740 señala 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 intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable*”.

Indemnización de las consecuencias no patrimoniales: en cuanto a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (daño moral) dice el art. 1741 que “*Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible*.”

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Esta disposición es objeto de una severa crítica doctrinaria.

Otras normas importantes que deben tenerse en consideración son los artículos que aluden a la facultad que se concede a juez para reducir la indemnización, la dispensa anticipada de responsabilidad y la prueba del daño. Así:

Art. 1742. **Atenuación de la responsabilidad.** “*El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es **equitativo** en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de **dolo** del responsable*”. Quepa aclarar que esta regla ya obraba en el art. 1069, 2ª parte, del anterior Código.

Art. 1743. **Dispensa anticipada de la responsabilidad.** “*Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por **dolo** del deudor o de las personas por las cuales debe responder*”.

Art. 1744. **Prueba del daño.** “*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*”.

Otro artículo relevante del nuevo Código es el 1745 que versa sobre la **indemnización por fallecimiento**. El mismo establece que “*En caso de muerte, la indemnización **debe** consistir en:*

a) *los gastos necesarios para **asistencia y posterior funeral** de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;*

b) *lo necesario para **alimentos** del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de VEINTIÚN (21) años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la*

reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;

c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.

Esta disposición puede ser muy criticada al menos que se entienda que los daños que menciona los hace al sólo efecto enunciativo²², pudiendo los damnificados pedir otros tipos de perjuicios (vg. daño moral y otros tipos de daños materiales).

A su turno el artículo 1746 trata sobre la **indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica**, estableciendo que *“En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.*

Esta norma podría ser objeto de severas críticas por atentar contra el supuesto principio de la reparación plena que sienta precisamente el art. 1740 del nuevo Código.

Por cierto que la incapacidad “transitoria” no está mencionada, pero lo que sucede es que debe ser calculada de diferente forma. “Deberá ser medida por

²² Tal como propone López Herrera. Ver RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado, tomo 4, Derechos personales, capítulo a cargo de Edgardo López Herrera*, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 1085.

los daños que se prueben que produjo desde el accidente hasta el restablecimiento”²³.

Acumulabilidad del daño moratorio: también el nuevo Código determina en forma expresa que el daño moratorio se puede acumular a otros conceptos. Así, señala el art. 1747 que “*El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva*”.

Dicho sea de paso, el nuevo Código no regula lo concerniente a la “mora” en el capítulo de la responsabilidad civil, como lo hacía el Proyecto de 1998 - arts. 1592 al 1599-, sino que determina su regulación, un tanto defectuosa, en el capítulo concerniente al “pago” -arts. 886 al 888-.

Curso de los intereses: el último artículo que citaré en este trabajo elemental es el art. 1748, el cual determina que “*El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio*”. Esta norma, como ya señalé, constituye un acierto del nuevo Código.

Valoración final: entiendo que el nuevo Código **sigue en general la tendencia que beneficia a la víctima de un hecho ilícito**. Ello así si se tiene presente la multiplicación de los factores objetivos de atribución; la presunción de la antijuridicidad de la conducta del agente ante la sola presencia del daño; la facilidad probatoria que se brinda al dar acogida a la doctrina de la carga dinámica de las pruebas; la propia presunción de ciertos daños (aquellos que surgen notorios: *res ipsa loquitur*); etc.

Ahora bien, esta idea se **desdibuja** si se tiene en consideración la limitación sin sentido que se hace respecto de los legitimados para pedir la indemnización que procede del daño moral -art. 1741- (la doctrina jurisprudencial que se formó en virtud del art. 1078 del anterior Código era mucho más amplia, más favorable para las víctimas); ello sumado a las

²³ Conf. RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado, tomo 4, Derechos personales, capítulo a cargo de Edgardo López Herrera*, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 1088.

limitaciones que se hacen respecto de los conceptos o rubros por los que se debe responder en los casos de indemnización por fallecimiento y por lesiones o incapacidad física o psíquica (arts. 1745 y 1746).

Además ¿desapareció la diferencia entre los delitos y cuasidelitos? ¿Se los unificó también? Digo ello pues excepto algunas consecuencias ya señaladas que aún sigue generando el hecho doloso -delito-, a diferencia del simplemente culposo -cuasidelito-, en general las diferencias que antes se establecían brillan por su ausencia en la nueva regulación.

Finalizando, puedo decir que en general se opta por el principio *pro damnato* en lo concerniente al *an respondeatur*, al tiempo que, *prima facie*, se sigue la tendencia contraria en lo referido al *quantum respondeatur*, a la hora de fijar esa indemnización.