

LAS NUEVAS REGLAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

VISIÓN CRÍTICA

Por Gustavo Carranza Latrubesse*

Sumario:

1. La reforma del Código Civil, obra magna del siglo XIX. 2. Los nuevos contenidos de los presupuestos de la responsabilidad civil. 3. La antijuridicidad. 4. Culpa y responsabilidad objetiva. La actividad riesgosa. 5. El daño. El daño injusto. 6. La relación de causalidad. Conclusiones.

I. La reforma del Código Civil, obra magna del siglo XIX. Nadie podrá negar que el Código Civil argentino, ley 340, con vigencia desde el 1 de enero de 1871, constituyó un factor de civilización en la república naciente, que necesitaba ordenar la vida social, dificultosamente reglada por leyes del imperio del que la Patria sacudía su dependencia política¹. La influencia del Código Civil francés y las ideas del genial Augusto Teixeira de Freitas, no pudieron palidecer la obra grandiosa del Codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield. En víspera de un nuevo intento de modificación, no queda otra conducta que rendirle homenaje al tremendo esfuerzo realizado, tal vez y en gran medida, en sus inicios, en la soledad de su Amboy serrano, y después con la ayuda de su primo y amanuense Carlos Carranza, con quien no tengo ni pretendo ligazón familiar alguna². Es muy claro que el viejo Código, cercenado desde distintas ramas del Derecho, recibió bien la actualización de sus normas, de manos de la obra inspiradora del doctor Alejandro Borda, que no se desmerece por la vía utilizada para su modificación (el decreto ley 17.711). Es probable que hoy, en ejercicio de las indiscutibles mayorías del gobierno de turno, se reforme sin mucho estudio ni profundas discusiones. Pienso que al Vélez legislador no le molestaría la reforma a su Código Civil pues ya había anticipado en su nota de elevación del proyecto que un código no es tarea de uno solo y porque, como asienta LUIS MOISSET DE ESPANÉS³, tomó partido por la escuela sincrética, nacida de la alianza del elemento histórico y del filosófico; dijo Vélez que *“Ella no es irreligiosa respecto del pasado, ni rebelde a las exigencias del porvenir”*.

En cuanto a la materia que ha suscitado mis desvelos de los últimos treinta años, la responsabilidad civil, parece la que menos interesa al

¹ Las Leyes de Partidas, las Reales Cédulas para América, las Nueva Recopilación de 1587, que se citan profusamente en las notas del Codificador, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castillas.

² En rigor, corrigió las fallas tipográficas de la ‘edición de Buenos Aires’, de Pablo Coni. También colaboraron en los manuscritos su hija Aurelia, Eduardo Díaz de Vivar y Victorino de la Plaza. Se dice que durante los 4 años y dos meses que duró el trabajo, lo realizó en una quinta cercana a Buenos Aires; y, también, que muchas páginas las escribió en una estancia jesuítica de Jesús María.

³ *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código civil argentino*, en publicación de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar

consumo mediático popular, más preocupado por las relaciones de familia. No obstante, aunque pueda afirmarse que el proyecto imponga modificaciones trascendentes, algunas, a mi honrado juicio, merecen una visión crítica que, cuando menos, incite a la discusión de jueces y abogados para hacer a las normas más perfectas y claras, y para que no sea la obra de unos pocos; sobre todo cuando se ha dicho, por quien presidió la Comisión reformadora, que se ha intentado traducir en palabras llanas una regulación entendible para todos. De modo que, como dijo alguna vez ATILIO ANÍBAL ALTERINI en una de sus muchas clases y conferencias a las que asistí, sería bueno que el Código Civil de los argentinos se vendiera en los kioscos, como un artículo de consumo popular.

2. Los nuevos contenidos de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Cabe recordar que en el Código Civil argentino (CC en adelante) y a diferencia del *Code* francés, el punto de partida de la responsabilidad civil aquiliana es el acto ilícito; de allí que el art. 1067, CC, establezca que no habrá acto ilícito punible a los fines resarcitorios, sin daño causado o acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se le pueda imputar dolo, culpa o negligencia. Pero el art. 1066, CC, define el acto voluntario ilícito como el expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; además, el acto ilícito no merece sanción del CC sin una ley que así lo disponga. De esta redacción surge, con claridad a mi juicio, que el punto de partida de la acción dañosa reprobable –en el sentido del CC, la que autoriza su reparación–, sólo puede ser un acto ilícito (me refiero, claro, a la responsabilidad aquiliana, aunque la ilicitud campea en el incumplimiento contractual). La nota al Título 8, Sección Segunda, Libro II, expone con contundencia que los actos ilícitos son acciones u omisiones prohibidas por las leyes, por lo que el CC regula sus efectos. La doctrina discutirá aquí si se trata de antijuridicidad formal o material, pero es una cuestión un tanto ajena a la que ahora me preocupa.

3. La antijuridicidad. El nuevo Proyecto de CC 2012 (en adelante PCC)⁴, que regula en doce secciones sucesivas lo atinente a la responsabilidad civil extracontractual y contractual (arts. 1721, 1725, CCP; la responsabilidad por saneamiento, por evicción y por vicios ocultos, están tratados en los arts. 1040, 1044 y 1055, la reparación del daño por resolución, en el art. 1082, la resultante del leasing, en los arts. 1232 y 1243, en la locación, arts. 1274 y 1277, en el transporte, arts. 1286, 1291, 1297, etc., del Libro Tercero, relativo a los contratos), en 82 disposiciones, establece en el Libro Tercero, Título V ‘De otras fuentes de las obligaciones’, Sección Tercera ‘De la función resarcitoria’, art. 1715, un concepto ambiguo de antijuridicidad; su

⁴ Se nos había enseñado que los códigos ‘no deben definir’; sin embargo, la casi totalidad de los institutos contemplados inician su regulación mediante una definición; en algunos casos, se indica ‘concepto’, como en el caso del leasing, la franquicia, el mutuo, el comodato, la donación, la fianza, la renta vitalicia, el juego y apuesta, etc.

texto es el siguiente: “*Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”. Es decir, que ya no es la directa violación de la ley el punto de partida de la responsabilidad civil –lo que no quita que la violación de la ley no lo sea-, sino que lo es cuando la acción no esté justificada. Determinar cuándo una acción dañosa tiene o no justificación implica una tarea de investigación que no permite, *a priori*, dar seguridad a nadie de que una conducta pueda ser merecedora de la sanción resarcitoria o, desde la óptica del autor, si la que hubo realizado habrá de merecer justificación. Como ejemplo inmediato y de todos los días, el corte de ruta o de calles por piquetes de distinto origen y convocatoria, puede estar ‘justificado’ en la medida en que no aparezca reprimido por la autoridad; o se considere una consecuencia normal de vivir en sociedad; recuérdese que bajo el eslogan de no reprimir la protesta social, infinitos daños se causan a diario sin que sea posible lograr reparación; daños que a menudo se producen en las cosas del dominio individual, como en otros derechos y facultades de los habitantes. Y aunque sabido es que no todos los daños son indemnizables, de qué contexto habrá de extraer el juez su decisión acerca de si está o no justificada la acción dañosa, sin aquella investigación previa, con lo que el derecho –y el derecho violado- no resulta previsible en orden a la sanción por la imposibilidad de su ejercicio. Nadie podrá decir que los cortes producen sólo violación de derechos y facultades de orden extrapatrimonial, toda vez que es claro que se traducen en daños patrimoniales de significativa importancia (llegar tarde al trabajo con pérdida del presentismo, el abogado que no llega a tiempo al tribunal para presentar un escrito contestando una vista dentro del horario extendido, el pasajero que no llega a tiempo y el avión parte, la ambulancia que no puede llevar a tiempo al paciente al hospital y fallece en el mismo piquete, como ocurrió en la provincia de Jujuy, etc., etc.). En el ordenamiento vigente la ilicitud se conecta con una previsión legal que declara que no excusa la ignorancia de la ley (arts. 20 y 923, CC), de modo que la función docente de la norma legal va desapareciendo en la medida que la justificación encuentre, o pueda encontrar, carriles para hacerla evidente cuando no resulte de la trasgresión de una norma expresa. En el PCC, la antijuridicidad se conecta directamente con el concepto de daño, que supone “*la lesión de un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico*” (art. 1755, PCC). Pero ese derecho y ese interés –que seguramente el ordenamiento protege- no merecerá tutela resarcitoria si, de alguna manera, la acción dañosa estuviere justificada. Dejo asentado aquí, para que no haya dudas acerca de mi criterio, que cada vez que un piquete corta una vía de circulación, el daño que resulte, en adecuado curso causal, abre la responsabilidad civil del Estado que no concurre, de inmediato, a habilitar la vía. Pero la Corte federal orienta el criterio opuesto⁵. De allí que reciba con satisfacción la previsión del art.

⁵ CS, 30.05.2006, ‘Cohen, Eliazar c. Provincia de Río Negro y otros s. Daños y perjuicios’: “*El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la*

1762, PCC, que dispone: “**Actividad peligrosa de un grupo.** Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo” (sic).

A mi modesto entender, el dispositivo no excluye, según los casos, la responsabilidad del Estado, quien está obligado a velar por vida y seguridad de los habitantes. Ha dicho la Corte federal, reiteradamente, que “*Ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y la seguridad de los gobernados*”⁶. Aún en los textos del PCC es posible fundar este aserto, según resulta del art. 1764, PCC, que dispone que “*El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*”. Es verdad que la Corte federal, repetidamente, sostuvo que no era posible hacer responder al Estado por daños causados en los que no hubo una directa intervención de sus agentes⁷, pero ello deja sin resarcimiento a todas las situaciones que se originan por la omisión de actuar, cuestión que pareció definir en forma favorable en la causa ‘Ekmekdjian c. Sofovich’⁸. Ese segundo párrafo parece adecuado al criterio que actualmente sustenta la Corte federal de no aceptar la responsabilidad estatal en caso de ausencia directa de intervención de sus funcionarios. Sin

circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder”.

6

CS, 12.09.1995, ‘Scamarcia, Mabel y otro v. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 318:1715; CS, 31.08.1999, ‘Izaurre, Roque Rafael c. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 322:2003; CS, 20.03.2003, ‘Lema, Jorge H. c. Provincia de Buenos Aires’; CS, 27.05.2004, ‘Cura, Carlos A. c. Provincia de Buenos Aires’; CS, 24.11.2004, ‘Cossio, Susana I. c. Policía Federal’; CS, 29.11.2005, ‘Gerbaudo, José L. v. Provincia de Buenos Aires y otro’.

7

CS, 07.11.1989, ‘Ruiz, Mirtha Edith y otros c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios’, *Fallos* 315:2138: “*El ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa*”; CS, 27.12.1990, ‘Sarro, Antonio y otros c. OCA SRL y otros s. Daños y perjuicios’; CS, 07.03.2000, ‘Bertinat, Pablo Jorge y otros c. Provincia de Buenos Aires y otro s. Daños y perjuicios’, *Fallos* 323:305; CS, 11.03.2003, ‘Ferreira, Osvaldo Abel c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otro s. Daños y perjuicios’; CS, 19.11.2002, ‘Santillán, Ramón Eustaquio Cayetano c. Ferrovías S.A.C.’; CS, 06.03.07, ‘Mosca, H. A. c. Provincia de Buenos Aires’.

⁸ CS, 07.07.1992, ‘Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros’: “*La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento*”, considerando 16; se dijo también: “*La Corte debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto hacen cuestión federal trascendente*”, LL 1992-C-543; CS, 27.12.96, ‘Chocobar c. Caja Nac. de Previsión ...’, cons. 27 del doctor Vázquez.

embargo, la admitió respecto de las omisiones en los registros de propiedad⁹, por la mantención de un pedido de secuestro de un automotor ya liberado que dio lugar a que su conductora fuera detenida en la frontera¹⁰, por la omisión en la custodia de un recluso que derivó en su fallecimiento¹¹, cuando las condiciones de la ruta provincial crearon un riesgo imprevisible para el conductor por omisión de mantenerla en buen estado¹², y la denegó por la omisión de custodia de los caminos por la invasión de animales sueltos¹³, pero la admitió para responsabilizar a la concesionaria de la vía¹⁴, y la denegó por la no realización de obras públicas que hubieran evitado el daño¹⁵. A veces se ha admitido la omisión frente a un deber expreso; así, “*En los casos de conducta antijurídica por omisión, sólo le puede caber responsabilidad al Estado Nacional si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, máxime cuando una conclusión contraria llevaría al extremo -por cierto absurdo- de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera*”¹⁶.

No obstante, el Poder Ejecutivo, invocando su condición de iniciador de la proyectada reforma, sustituyó los arts. 1764, 1765 y 1766, de la Sección 10^a, del modo siguiente: “**Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas.** Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria” (sic). “**Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (sic). “**ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por

⁹ CS, 01.12.1992, ‘Pelayo González SA. c. Provincia de Buenos Aires s/ resarcimiento de daños y perjuicios’, *Fallos* 315:2850; CS, 24.05.1994, ‘Vara, Norma Elida c. Provincia de Buenos Aires s. Ordinario’, *Fallos* 317:536; CS, 05.04.1995, ‘Mazzotta, José c. Provincia de Buenos Aires s. Ordinario’, *Fallos* 318:470; CS, 27.02.2001, ‘Lanfranco, Héctor Pedro y otro c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios’; CS, 30.09.2003, ‘Vicente, Adriana E. c. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios’; CS, 17.07.2007, ‘Securfin S.A. c. Santa Fe, Provincia de s. Daños y perjuicios’.

¹⁰ CS, 04.05.1995, ‘De Gandía, Beatriz Isabel c. Provincia de Buenos Aires s/ indemnización por daño moral’, *Fallos* 318:845.

¹¹

CS, 10.04.2003, ‘Gothelf, Clara M. c. Provincia de Santa Fe s. Daños y perjuicios’.

¹²

CS, 11.06.2003, ‘Cebollero, Antonio R. y otros c. Provincia de Córdoba s. Daños y perjuicios’; CS, 29.06.2004, ‘Roque Reymundo e Hijos S.A.C.I.F.A.I. c. Prov. de San Luis y otros s/daños y perjuicios’.

¹³

CS, 07.03.2000, ‘Colavita, Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios’, *Fallos* 323:319; CS, 28.05.2002, ‘Expreso Hada S.R.L. c. Provincia de San Luis y otros s. Cobro de pesos’; CS, 23.12.2004, ‘Rosales, Paulo V. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otros s. Daños y perjuicios’.

¹⁴

CS, 07.11.2006, ‘Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s. Daños y perjuicios’.

¹⁵

CS, 12.08.2003, ‘Iturbe, Nora del C. y otra c. Provincia de Córdoba s. Daños y perjuicios’.

¹⁶

CS, 26.09.2006, ‘Friar S.A. c. Estado Nacional s. Daños y perjuicios, ordinario’, disidencia parcial de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, criterio que no justificaría indemnizar los daños que resultan del terrorismo, como aconteció con la Embajada de Israel, establecida por ley del Congreso.

no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (sic). Esta reforma implica no sólo un lamentable retroceso en el desarrollo normativo de la responsabilidad civil, sino una inconcebible e inaceptable confusión entre cuestiones ‘administrativas’ y las que son propias del derecho común, haciendo desaparecer, prácticamente, todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Por la especificidad e importancia que el tema implica, su análisis pormenorizado excedería con creces el espacio asignado a esta crítica por lo que, a modo de síntesis, me remito al estudio realizado en otro lugar¹⁷. El proyectado art. 1764, que impulsa el PE, no deja lugar a dudas acerca de esta afirmación, pues la responsabilidad estatal y funcional no podrán predicarse ni aún por vía indirecta o subsidiaria.

Siguiendo con el desarrollo anterior, como es dable advertir, a mi juicio, la justificación de la acción que obsta a la reparación del daño, deberá ser determinada mediante una investigación de hecho, así como la concurrencia de motivaciones que no estarán siempre al alcance del observador inmediato, el justiciable o ‘consumidor’ de justicia. El sistema pierde predictibilidad y dificulta el deber de previsión que pesa en quien actúa, según las reglas conocidas de la culpa.

Se dijo alguna vez que la ilicitud como base de la acción resarcitoria estaba en retirada; algún autor, en soledad, como DE LORENZO, trajo, en tarea meritoria, del derecho italiano, la idea del ‘daño injusto’, el que no podía tener cabida sistemática en las reglas del CC argentino vigente. La antijuridicidad está impuesta en el Código Civil peruano de 1984, en el Código de Quebec de 1992; el Código holandés de 1992, el más moderno de Europa, la prevé especialmente y, entre nosotros, en el Proyecto de CC de 1998; los Códigos alemán, portugués y suizo dicen ‘ilícitamente’.

Es verdad que la noción de ilicitud del daño resulta de la conjunción de la norma del art. 1066, CC, con la del art. 1109, CC, en un sistema atípico de cuasidelitos, que impone la obligación de reparar a toda persona que causa un daño a otro. La idea del deber de no dañar, u ‘obligación pasiva universal’ como apuntaba POTHIER, es un enunciado general que desprovisto de las precisiones necesarias hace difícil establecer en qué casos y en cuáles circunstancias esa obligación podría ser impuesta.

LUIS MOISSET DE ESPANÉS concuerda con esta idea de conjunción normativa entendiendo que la previsión del art. 1109, CC, amplía y completa la noción de lo ilícito, comprendiendo, con cita de HENOCH AGUIAR, “*todos aquellos actos que violan, por sí o por sus consecuencias, el principio de*

¹⁷

CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO, *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

*'no dañar a otro'*¹⁸. También es cierto que en la terminología de Domat, mentor del CC francés, el acto dañoso culposo (*faute*) implicaba el acto contrario a la ley.

Dice ALBERTO JESÚS BUERES, partiendo de que la antijuridicidad se predica de la conducta y no del daño, que si se entiende por daño la lesión a un interés tutelado por el ordenamiento, *"dicha transgresión reclama que se ocasione 'sine iure' [sin derecho] para ser 'contra ius' [acto prohibido] (en el contexto de una acción acromática lo que confiere colorido a la antijuridicidad es el daño). Por lo menos si el 'contra ius' es la 'iniuria' (antijuridicidad). La conducta dañosa 'sine iure', entonces, es 'contra ius', y ambos componentes perfilan 'el daño injusto en el acto ilícito'*". Y concluye que *"en el acto ilícito, hay antijuridicidad en la conducta e injusticia en el daño, y el deber de reparar adviene como 'sanción resarcitoria'*"¹⁹. Agrega que la antijuridicidad no es presupuesto inexorable de la reparación, pero que sí lo es del acto ilícito y que, *"el daño injusto, en su más amplia dimensión (atipicidad), prevalece sobre la licitud o ilicitud de la conducta. Esto último obedece a que junto con las obligaciones de resarcir por actos ilícitos, existe una saludable responsabilidad por actos lícitos"*.

En síntesis, en opinión del distinguido maestro, *"lo antijurídico es la conducta que viola el ordenamiento en la medida que promedia una lesión a un interés tutelado que provoca unas alteraciones desfavorables en el patrimonio o en el espíritu (daño)"*. Desde mi humilde entender, según el alcance del texto proyectado, la investigación primera versará no en la ilicitud de la conducta, sino en la falta de justificación del daño, lo que a mi ver apunta a descubrir, primero, el daño antes que la conducta que lo causó. En gran medida, dependerá de los jueces la construcción jurisprudencial de los daños susceptibles de reparación, aunque con apego a las normas de la que surja la protección del interés violado y de la prueba pertinente de los hechos; esto, cuando exista norma, pero el texto se refiere a derecho o interés 'no prohibido', con lo que bien puede no haber otra norma que el art. 19 de la Constitución Nacional (CN), que establece el principio de legalidad o de reserva; lo que, también a mi entender, en gran medida resta en seguridad jurídica. He de recordar lo que respecto de este principio de legalidad dijo la Corte federal, con cita del art. 19, CN: *"nace de la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar"*²⁰. No parece, pues, que el precepto proyectado se ajuste a este criterio. Tal vez deba admitirse que tratándose el art. 1109, CC vigente, de una norma general (cláusula general)

¹⁸ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Reparación de daños y responsabilidad civil*, Zavalia. Buenos Aires, 2010, t. 2, p. 11.

¹⁹ BUERES, ALBERTO J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 496 y 497.

²⁰ CS, 15.06.2004, 'Cencosud S.A. c. Estado Nacional'.

propia de un sistema de atipicidad del ilícito civil, la integración normativa de que hablé antes (con el art. 1066, CC, por ejemplo) dependa de la función judicial; y, en tal caso y en tanto sea la correcta, la prevención de inseguridad se desvanece un tanto. Pero, insisto, no me queda claro que sea el caso de la reforma proyectada, en donde para saber si el daño es resarcible es menester saber si es ‘injustificado’, con independencia de si la acción es ilícita pues, si no lo es, el daño estará justificado, aunque el ordenamiento puede establecer, no obstante, de modo expreso, una reparación; o una de equidad como surge del art. 907, CC vigente, relativo al acto ilícito objetivo del demente, o del incapaz de imputabilidad o culpa. Mi preocupación no es banal pues, como bien explicita GUIDO ALPA, el daño injusto que encuentra su antecedente en el art. 2043, CC italiano de 1942, además de constituir también una norma general, presupone un catálogo ‘abierto’ de daños resarcibles, noción “*idónea para cambiar según la variación de las exigencias, y lo suficientemente flexible como para prevenir una excesiva proliferación de daños resarcibles, pero a la vez capaz de dar ingreso a nuevas situaciones de tutela*”²¹. Esto muestra una posición que el conservadurismo jurídico del siglo XIX rechazaba como contrario a la seguridad jurídica, en tanto los ‘nuevos intereses’ dignos de tutela puedan importar ‘una fuga al devenir’ de la responsabilidad civil, expresión de ALPA, quien consigna que los juristas extranjeros no terminan de entender el alcance de la norma.

Debo agregar que el primer artículo de la Sección Tercera (‘De la función resarcitoria’), el 1714, CCP, dispone: “**Deber de reparar.** *La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código*”. Coincide en su primera proposición con el art. 1549 del Proyecto de la Comisión creada por Decreto 468/92.

El art. 1716, CCP, se refiere a los supuestos en que el daño estará justificado (legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho, aunque el texto los desarrolla en orden inverso). Aunque la norma se refiere a cuando el daño está justificado, no hay una sistematización de todos los supuestos de exoneración, que deberían estar contenidos en una disposición sin perjuicio de la referencia a otra norma del ordenamiento, o a una ley especial. Es de notar que en el supuesto de legítima defensa, que se articula según los requisitos conocidos en el instituto regulado en la ley penal (falta de provocación suficiente, agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado), no hay limitación en orden a la entidad del derecho que se defiende ni del que, en virtud de la defensa ejercida, se afecta; sin embargo, al referirse a la defensa de terceros y del propio agente (inc. ‘c’, ‘estado de necesidad’), se dice que “*el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa*”. El Proyecto de la Comisión de 1992, contenía, a mi juicio, una mejor redacción; decía: “*Es lícita la conducta de quien causa un daño, de otro modo inevitable, para conjurar un*

²¹ ALPA, GUIDO, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista, Lima, Perú, 2006, p. 458.

mal mayor e inminente que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se originó en un hecho suyo” (sic). La parte final del inc. ‘c’ del CCP, dice que “*En este caso [daño mayor], el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo*” (sic). A su vez, el último párrafo del art. 1717, CCP, confiere al autor del acto de arrojamiento o abnegación, una reparación del daño padecido en esa circunstancia, que estará a cargo de aquel que creó la situación de peligro o del beneficiado; dice la norma proyectada que “*En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido*” (sic). Solución que me parece injusta pues quien realizó el acto de arrojamiento pudo haber padecido daños que, en modo alguno, hayan empobrecido al beneficiado, lo cual desalienta los actos de abnegación. La solidaridad social no implica que el aporte solidario y voluntario deba ser, siempre, hecho en gratuidad de tal extensión que comprenda los daños padecidos. Es que, si quien encuentra una suma de dinero ajena está obligado a devolverla (art. 2533, CC argentino vigente)²², sencillamente porque no le pertenece (art. 2539, CC), el hecho de que la ley le atribuya una gratificación hace evidente que quien se arriesga por otro, ‘merezca’ que el favorecido le repare lo que perdió en virtud de su acto de abnegación o arrojamiento²³.

En cuanto al tercero que no es agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un acto de defensa (art. 1716, inc. ‘b’, PCC), la norma le concede reparación plena; así las cosas, el PCC adopta la tesis de que el acto es ilícito a su respecto, de donde un acto justificado (por legítima defensa) en cuanto afecta al tercero extraño carece de justificación. En este sentido, recuerda LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO la expresión de J. MOSSET ITURRASPE al respecto, para quien el acto es ilícito, admitiendo “*los inconvenientes de la naturaleza heterogénea, según los destinatarios, del mismo obrar humano*”; el autor que cito acepta esa tesis como correcta²⁴. No advierto que el PCC se ocupe de la excusa de obediencia debida, la que, cuando reúne determinados requisitos, configura un acto lícito; “*es justificado por las particularidades concretas que lo informan*”²⁵. Entre otras, si el que obedece acata una orden ilícita, su conducta será ilícita. El instituto ha tenido connotaciones particulares en nuestro medio, vinculado a la ley 23.521, cuya

²² Art. 2533, CC: “*El que hubiese hallado una cosa perdida, tiene derecho a ser pagado de los gastos hechos en ella, y a una recompensa por el hallazgo. El propietario de la cosa puede exonerarse de todo reclamo cediéndola al que la halló*”.

²³ El acto de arrojamiento estaba previsto en la ley 4856 que contemplaba la concesión del grado inmediato superior a un militar; se dijo que “*Ese beneficio excepcional no tiene su causa ni en la gravedad de las heridas ni en las enfermedades o defectos físicos, sino en el comportamiento -acto de voluntad- ante el peligro de perder la vida o la integridad física*”, CS, 1958, ‘Ibarra, Antonio c. Nación’, *Fallos* 242:247. En igual sentido, CS, 1947, ‘Célico, Carlos R. c. Nación’, *Fallos* 208:263; CS, 1948, ‘Suárez Gombourg de Zanni, Delia c. Nación’, *Fallos* 212:331; CS, 1983, ‘Balbo, Aldo P. y otra c. Nación’, *Fallos* 305:66, relativo a la aplicación de la ley 19.133, a favor de un policía.

²⁴

BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. 2, p. 107.

²⁵ BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, op. y loc. cit., p. 109.

constitucionalidad fue admitida en votos individuales de los miembros de la Corte federal, cuestión que excede este trabajo²⁶. No obstante, reviste interés frente a la previsión de los arts. 1753, segundo párrafo, referido a daños causados por actos involuntarios, en tanto establece que: “*El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza*” (sic), y el art. 1765, PCC, en tanto dispone que “*El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes*” (sic). De todos modos, dependerá de la sentencia dictada en sede penal si se ha abierto causa en virtud del hecho, en cuyo caso resultaría aplicable el art. 1777, PCC, que reza: “***Inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal. Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil. Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil***” (sic). Se sigue en esto último la doctrina tradicional, ya consignada en la nota a los arts. 1102 y 1103, CC argentino vigente (los tribunales penales “*no tienen que decidir si el hecho constituye o no un delito del derecho civil o un cuasi delito*”). En un interesante fallo de la Corte federal, referido a una sentencia penal que absolvió al imputado por haber mediado culpa de la víctima, sostuvo que esa conclusión no impide al juez civil “*examinar, con base en la materialidad de los hechos y autoría acreditados en la causa penal, la concurrencia de culpas entre los intervinientes del hecho dañoso*”²⁷.

El título del referido art. 1717, dice ‘asunción de riesgos’ y, en su primer párrafo, dice 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*” (sic). Presumo que se han querido atrapar algunos supuestos como el transporte benévolo, que ha suscitado algunas discrepancias en la jurisprudencia, aunque la Corte federal tuvo ocasión de pronunciarse correctamente a mi juicio en varios casos. En alguno de ellos dijo que “*Tratándose de un caso de responsabilidad aquiliana la aceptación de los riesgos normales de un viaje por la víctima, no es causal de supresión ni de disminución de la responsabilidad, por aplicación de los principios que emanan de los arts. 1109 y 1111 del Código Civil*”²⁸. Por cierto, la

²⁶ CS, 14.06.2005, ‘Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. /Poblete causa 17768’.

²⁷ CS, 16.10.2001, ‘Ledesma viuda de Hoyos, Analía c. Giménez, Francisco Rosario y otros’.

Corte ha tenido ocasión de referirse a otros casos de asunción de riesgos que sí generan responsabilidad²⁹.

Completa el cuadro de las exoneraciones el art. 1718, CPP, que bajo el título del ‘consentimiento del damnificado’, dispone que “*en la medida en que no constituye una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles*” (sic). Habrá que recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para precisar cuáles son los bienes disponibles que habilitan el consentimiento de la víctima, cuestión que puede tener incidencia en la posición que se adopte respecto de la eutanasia y la disposición del propio cuerpo; el PCC contiene dos disposiciones sobre el punto que dicen: Art. 55: “**Disposición de derechos personalísimos.** *El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación estricta, y libremente revocable*”. Art. 56: “**Actos de disposición sobre el propio cuerpo.** *Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable*” (sic). Esta disposición pareciera prohibir la eutanasia, aunque las nuevas ‘buenas costumbres’, en la flexibilidad de su desarrollo social, pudieren autorizarla; no se precisan los efectos de la prohibición, con lo que el daño causado ‘no estaría justificado’, pese al consentimiento del interesado. Su análisis en profundidad exorbita la finalidad de este trabajo.

El art. 1720, PCC, prevé como exoneración la ‘causa ajena’ cuando el factor de atribución es objetivo; el art. 1726, PCC, contiene la excusa del ‘hecho del damnificado’, a menos que el ordenamiento autorice su culpa, dolo u otra circunstancia; el art. 1727, PCC, se refiere al caso fortuito según su concepto tradicional (el hecho que ha podido ser previsto o que previsto no ha podido ser evitado); utiliza como sinónimos caso fortuito y fuerza mayor, con lo que no considera la doctrina de EXNER sobre esta última causal de exoneración, que es ‘todo acontecimiento natural o humano imprevisible y completamente ajeno a la explotación’ (disposición de la autoridad,

²⁸ CS, 07.07.1992, ‘Tomassetti de Bonicelli, María y otra c. Ferrocarriles Argentinos’, *Fallos* 315:1570; CS, 23.10.2001, ‘Melnik de Quintana, Mirna Elena y otro c. Carafi, Juan Manuel y otros’: “*La supuesta participación en la creación del riesgo del transportado no implica, salvo circunstancias excepcionales, la culpa de la víctima, ni constituye una causa o concausa adecuada en la producción del daño que permita excluir la atribución objetiva de responsabilidad que el ordenamiento impone del dueño o guardián*”.

²⁹ Caso de un banco que asume riesgos que le reportan beneficios, mediando un vínculo contractual: CS, 20.03.2007, ‘EMM S.R.L. c. Tía S.A. s/ordinario s/ incidente de medidas cautelares’; CS, 11.09.2007, ‘Saber, Ciro Adrián c. Río Negro, Provincia de y otros s/daños y perjuicios’; CS, 11.07.2007, ‘Scebba, Dora Lucía s/sucesión ab intestato’.

inundaciones, etc.). En derecho argentino el caso fortuito se analizó tradicionalmente junto a la culpa, consistiendo para algunos en una causa de ‘inculpabilidad’ (BOFFI BOGGERO) y, para otros, un supuesto de ruptura del nexo causal (ORGAZ); para MOSSET ITURRASPE, hay culpa pero las consecuencias del caso fortuito no son imputables por constituir ‘causas remotas’ (art. 906, CC argentino vigente).

El art. 1728, PCC, se refiere al ‘hecho de tercero’, que debe reunir las condiciones del caso fortuito para eximir total o parcialmente de responsabilidad. Dentro de la responsabilidad contractual el art. 1729, PCC, se refiere a la imposibilidad de cumplimiento, estableciendo sus condiciones (objetiva, absoluta y no imputable al obligado; se aprecia según las exigencias de la buena fe y la prohibición de ejercicio abusivo). El art. 1730, PCC, enumera los casos en que el caso fortuito y la imposibilidad de cumplimiento no exonera; se ajustan a la doctrina general pero contiene dos supuestos de interés: “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” (sic).

La construcción doctrinaria y jurisprudencial de la frustración del fin del contrato, está prevista en el art. 1090, PCC³⁰ y, a mi parecer, ha sido considerada al tratar de los contratos conexos en el art. 1075, PCC, en los siguientes términos: “**Efectos.** Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común” (sic). La referencia es atinente toda vez que el PCC unifica la responsabilidad civil contractual y aquiliana, y me parece que puede estar comprendida en algunas de las previsiones sobre extinción del contrato por decisión unilateral, en el art. 1078, PCC.

Para concluir este acápite, destaco que la dispensa anticipada de la responsabilidad ha sido tratada en el art. 1739, PCC, en los siguientes términos: “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”.

Desde que el PCC unifica la responsabilidad civil, debiera tratar entre las excusas admitidas, los supuestos de error que autoriza la nulidad del

³⁰ Art. 1090, PCC: “**Frustración de la finalidad.** La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a rescisión sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

negocio jurídico (arts. 924 a 927, CC, inclusive). El análisis de esta cuestión excede con creces el objeto de este trabajo (arts. 265 a 270, PCC).

4. Culpa y responsabilidad objetiva. La actividad riesgosa. En el art. 1719, PCC, se dice que los factores de atribución pueden ser objetivos o subjetivos y que, en caso de silencio legal, el factor de atribución “*es la culpa*” (sic). Presumo que está tomada aquí ‘culpa’ en sentido lato, como factor subjetivo comprensivo de la culpa, de la negligencia y de la impericia, y así resulta del art. 1722, PCC, con lo que la ‘culpa’ será, como ha sido dicho, la clave de cierre del sistema. El art. 1722, PCC, dice que “*Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo*” (sic). El mismo artículo la define siguiendo la creación velezana del art. 512, CC vigente, aunque mejorando su redacción como hizo el CC español (art. 1104) y el CC peruano de 1984; también la redacción del art. 1553 del Proyecto de la Comisión de 1992, aunque se refería, en plural, ‘a las diligencias debidas’, cuando lo que la norma postula es la falta de previsión de las consecuencias de la conducta, esto es, ‘la diligencia’ que exige la naturaleza de la obligación, en las condiciones apuntadas. El PCC dice que “*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*” (sic). El mismo artículo define el dolo como “*la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (sic). La redacción permite atrapar al dolo eventual, con lo que los supuestos de accidentes de la circulación que exhiben notable desaprensión en la conducción quedarían comprendidos expresamente. No hace referencia a la malicia, como ocurría en el Proyecto de 1998, que suponía la intención de dañar frente a la mera intención de incumplir, atribuida al dolo en ese proyecto. En el Proyecto de la Comisión de 1992, creada por Decreto 468/92, el art. 1555 hacía la distinción, estableciendo que el dolo era “*la deliberada intención de no cumplir las obligaciones previamente asumidas*” (sic), en tanto la malicia, “*la acción ejecutada a sabiendas y con intención de dañar a otro*” (sic). Me parece que de probarse la malicia, en ese ordenamiento, hubiera sido posible requerir una reparación mayor, no en el sentido punitivo, sino dentro de la extensión de las consecuencias mediatas previsibles que, en virtud de la ‘intención’ (malicia) perseguida, deben ser consideradas ‘previstas’. Recuerdo que en la doctrina española la reparación es la medida del daño producido, toda vez que el CC español no contiene una norma como la del art. 521, CC argentino vigente, según reforma introducida por el decreto ley 17.711.

El art. 1723, PCC, resume el contenido de las consecuencias bajo el título ‘valoración de la conducta’, englobando en una sola disposición las previsiones de los arts. 901 a 909, CC argentino vigente, desapareciendo la situación del art. 905, CC argentino vigente, que imputa las consecuencias mediatas cuando el agente las tuvo en mira. Dice el art. 1723: “*Cuanto*

mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.- Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.- Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente” (sic). El juez hará así, como sugiere BUERES, una comparación entre un modo de actuar imaginado en abstracto, que debió desenvolver el sujeto, pensando en un agente medio (‘el hombre de traje gris’), y el acto realmente obrado. En sus palabras, “*de la confrontación entre la conducta obrada y la debida –idealmente supuesta- surgirá la existencia o inexistencia de culpa”*, lo que le permite sostener que no hay diferencia entre la culpa aquiliana y la contractual³¹. El sistema de aplicación, entonces, es abstracto-concreto.

JAIME SANTOS BRIZ hace una exégesis de las modificaciones que el concepto de culpa va sufriendo en la doctrina, incluyendo lo que denomina la ‘culpa social’. Su exposición pone de manifiesto la confusión que el ordenamiento español y la jurisprudencia, exhiben en tanto en cuanto asimilan, consciente o inconscientemente, culpabilidad con antijuridicidad. Tampoco distingue con precisión aquellos supuestos en que la culpa ‘no cuenta’, como son todos los casos de responsabilidad objetiva, tan esquiva a la normativa, doctrina y jurisprudencia españolas. El art. 1104, CC español, que define la culpa siguiendo el precepto argentino del art. 512, CC vigente, como ya he indicado, trae añadida una pauta de comparación que es la previsión del buen padre de familia, lo que supone un criterio medio y abstracto de comparación, estándar que se repite en la Ley de Circulación de vehículos automotores. Sin embargo, y así lo destaca el autor que cito, en el Código de Comercio español se sigue ese criterio y, por excepción, en el art. 255.2, hace referencia al sujeto incumplidor, esto es, a la conducta del deudor específicamente considerado (en concreto). Como creo evidente en nuestra doctrina, en modo alguno es aceptable la asimilación de la culpa con la ilicitud de la conducta, por más que la incorporación del daño injusto genera una distorsión de los conceptos a los que los juristas formados en la neta distinción de ambos presupuestos de la responsabilidad civil, no nos resulte aceptable. Es probable que la cuestión se haga difusa en el PCC, pero, a no dudarlo, no es pensable en la concepción sistemática del CC argentino vigente, más allá de los esfuerzos realizados para confundir lo inconfundible, toda vez que el punto de partida de la responsabilidad es la acción ilícita (art. 1066, CC), como contraria a una norma expresa del ordenamiento; y la culpa es otra cosa, que bien definen tanto el texto vigente como el PCC; pero, como puede observarse, frente a una redacción idéntica, la interpretación del precepto trae confusión en el intérprete; la razón, a mi modesto entender, no

³¹ Bueres, Alberto J., *Derecho de daños*, op. cit., p. 461.

es otra que aquella prevención de ALPA, en tanto que el daño injusto no es ‘entendible’ para los juristas extranjeros. Y, también, por la influencia del CC francés que no tiene una norma sobre la ilicitud de la acción dañosa, en donde la *faute* presupone y alude al acto ‘ilícito’ culposo, que causa daño a otro (art. 1382, CC francés), aunque no menciona la ilicitud, como en el BGB alemán, en donde la referencia es expresa (parágrafo 823)³². Este código sigue el método de las figuras típicas de cuasidelitos, aunque contiene otro parágrafo, el 826, que extiende la responsabilidad permitiendo nuevas figuras de ilícitos: "*Aquel que intencionalmente ocasiona un daño a otro en violación de las buenas costumbres, está obligado a repararlo*".

Dice SANTOS BRIZ, repasando doctrinas modernas sobre la culpa, que cuando el agente "*se decide por lo injusto cuando pudo obrar lícita y jurídicamente. Por tanto, la culpa presupone una acción antijurídica que es reprochada personalmente al agente porque descansa en una motivación contraria al deber que le incumbe. Por consiguiente, según esta moderna dirección civilista, culpa es el reproche personal de una acción antijurídica*". Como se advierte, pareciera que la ‘culpa’ fuera un sustantivo y no un adjetivo, esto es, un atributo o predicado de la conducta, una falta de previsión del sujeto acerca de las consecuencias de su acción; de donde tampoco es cierto que la culpa ‘presuponga’ una acción antijurídica. La ilicitud o antijuridicidad se predica de la acción, en la medida que viole una norma (*contra ius*) del ordenamiento; si, además, de la conducta ilícita, el agente se desenvuelve con falta de la previsión que exige la naturaleza de la cuestión, esto es, con culpa, todavía habrá de investigarse si hubo daño y si ese daño es consecuencia causal de la acción. Uno no comete ‘una culpa’, sino que realiza una acción que si es ilícita y desprovista de la previsión necesaria, será culposa (negligente o imperita) o dolosa, y le interesará al derecho en la medida que cause un daño y que este daño esté en relación causal adecuada con la acción desenvuelta. Concluye el maestro español, con la referencia a doctrinas que con evidente error a mi modesto juicio –que fundo en el CC argentino vigente-, que consecuencia de este criterio "*es que el art. 1104 del CC no se refiere a la culpabilidad sino a la antijuridicidad*" y agrega inmediatamente: "*La culpabilidad se halla más bien en preceptos que excluyen la responsabilidad de menores e incapaces*", con lo que confunden ahora la culpabilidad con la imputabilidad, pues sabido es que menores e incapaces no son susceptibles de culpabilidad, desde que carecen de discernimiento (art. 900, CC argentino vigente: "*Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por si obligación alguna*", sic). Si estos desvíos ocurren en la doctrina española, con una norma igual a la proyectada y a la vigente (art. 512, CC argentino vigente), con una tradición fundada en el CC francés (art. 1382), similar a nuestro art. 1109, CC, pero sin una norma explícita acerca de la

³² "*Al que con intención o por negligencia lesione ilegalmente a otro en su cuerpo, en su libertad, en su propiedad o en cualquier otro derecho, estará obligado para con aquél, a reparar el daño ocasionado. La misma obligación incumbirá al transgresor de una ley hecha para proteger a otra persona. ...*".

antijuridicidad, mucho habrá que trajinar para poder discernir el contenido exacto de los presupuestos de la responsabilidad civil en el PCC, que no reprodujo la norma del art. 1066, CC. La confusión antedicha se muestra, nuevamente, en el siguiente párrafo del autor que cito: *“Desde otro punto de vista, se habla también de que puede haber culpa aunque el agente no haya omitido la diligencia debida. Con ello se sostiene una conducta culposa sin que se presuponga que sea antijurídica. Basta que se trate de una actitud u orientación contradictoria de los valores jurídicamente protegidos. La conducta del agente, aún ajustada a derecho, pudo dar lugar a un resultado jurídicamente reprochado cuando aquella conducta ha sido nociva al cuerpo social”*³³. Un absurdo. Este galimatías³⁴ se me aparece como un verdadero demiurgo que vendrá a poner caos en los conceptos acuñados, trabajosamente, a la luz del CC vigente³⁵. En primer lugar, no puede haber culpa si no se ha omitido la diligencia debida, con lo que la afirmación es una contradicción en sí misma; en segundo lugar, si la conducta del agente es ‘ajustada a derecho’ no es *sine iure* (sin derecho) ni *contra ius* (acto prohibido o ilícito), sino lícita y, por lo tanto, sus consecuencias deben ser soportadas por quien las padece; en tercer lugar, la conducta no puede ser nociva al cuerpo social y, al mismo tiempo, ser ajustada a derecho o lícita, pues el art. 19, CN, no impone obligación ni abstención sino frente a la ley; si molesta al cuerpo social, tendrá que ser sancionada por el Congreso y, en tanto eso ocurra, ‘soportada’ por la sociedad general (arts. 910 y 2514, CC original, reducido éste al ejercicio no abusivo por el decreto ley 17.711). Este aserto tiene excepción cuando la conducta lícita es desenvuelta por el Estado en el interés general y se genera un daño no querido; en tal caso, como ha postulado la Corte federal, *“Si la acción policial tuvo como propósito mantener el orden y fue provocada por un estado de necesidad, y por ende asumía la condición de lícita, ello no significa que el damnificado no tenga derecho a ser resarcido”*³⁶.

En reivindicación del maestro español, cabe referir que en su análisis de las ‘nuevas formas’ de culpa, concluye que *“es notoria, por tanto, una desviación moderna en el significado de la culpa, que ya no radica solamente en la omisión de la diligencia exigible, sino que también puede basarse exclusivamente en la voluntad del agente socialmente reprobada”*.

³³ SANTOS BRIZ, JAIME, *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, España, 2000, t. 6, p. 118 y 119.

³⁴ Galimatías: “Describe un lenguaje complicado y casi sin sentido, embrollado, lenguaje oscuro por la impropiedad de la frase o por la confusión de las ideas”. Con el debido respeto al maestro, subrayo que su exposición resulta así de la confrontación con nuestro derecho vigente.

³⁵ Demiurgo, en el sentido del gnosticismo: “Así el **demiurgo** como creador y ordenador del mundo material, se convierte en encarnación del mal, aprisionando a los hombres y encadenándolos a las pasiones materiales”.

³⁶

CS, 07.02.1995, ‘Toscano, Gustavo Cayetano c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios’, *Fallos* 318:38, entre muchos de igual tenor.

Es claro que esta tendencia fue anticipada por RENÉ SAVATIER en trabajo de 1955, tomada entre nosotros por JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI en 1978³⁷ y referida por otros autores. Así, RICARDO LORENZETTI³⁸, que hoy preside la Corte federal y la Comisión de reforma, sostuvo que “*la diversidad de problemas ha hecho que los denominados presupuestos hayan ido generalizándose cada vez más para poder dar cuenta de todos. Así por ejemplo, los distinguos antijuridicidad formal, material, subjetiva, objetiva, han ido borrándose para tomar la idea de daño injusto que comprende lo lícito y lo ilícito*”. La posición es admisible, pues atiende a la realidad del fenómeno resarcitorio; lo que no es aceptable es que se confundan los contenidos de la culpa y de la antijuridicidad, acuñados por siglos de elaboraciones doctrinarias. También BUERES³⁹ admite que el fenómeno del perjuicio responde a una multiplicidad de hipótesis y factores legales (que comprenden actos lícitos y justificados) y que no pueda sostenerse en una sistematización unitaria bajo la noción de la antijuridicidad.

No obstante, la llamada ‘culpa social’ de la que habla el autor español, en el caso de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, entre nosotros el fundamento de ésta no es la culpa sino la ausencia de deber jurídico de soportar el daño, que se entronca con el precepto constitucional que establece la igualdad en las cargas públicas, como bien lo establece de modo expreso el PCC (art. 1766). Sabido es, también, que son generadoras de responsabilidad ‘sin culpa’ y con ausencia también de antijuridicidad, los supuestos de daños acaecidos por el uso de cosas viciosas o riesgosas (art. 1113, segundo párrafo segunda parte, CC argentino vigente), que el PCC también regula expresamente. Así, en el art. 1720, se dice: “**Factor objetivo.** *El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*” (sic). La ‘causa ajena’ no sólo apunta a la ausencia de nexo causal en el resultado que se le reprocha, sino también en el hecho o culpa de la víctima, en tanto rompen el nexo causal. La doctrina nacional ha entendido que en las excusas del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, CC argentino, está también comprendido el caso fortuito que, entre nosotros se ha estudiado tradicionalmente al lado de la culpa. En otras palabras, aunque la culpa ‘no cuenta’ en la acción del agente dañador, sí participa como eximente si es

³⁷ LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, "Esencia y fundamento en la responsabilidad civil", *RDCO*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 941, quien trae la cita de Savatier; Bueres cita un trabajo de 1964, que no he podido consultar, *Revista Jurídica de Bs. As.*, 1964, I-IV, p. 59, en que confunde la ilicitud con la culpa.

³⁸ LORENZETTI, RICARDO, "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños", diario *LL* del 9.5.1996.

³⁹ BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp. 162 y ss. Además, se admite claramente que 'se va más allá de las normas'; NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, "Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias", en *La responsabilidad*, homenaje al Prof. Isidoro Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 50 : "la jurisprudencia y la doctrina han ensanchado notablemente la obligación de reparar".

dable acreditarla en la conducta de la víctima. En tales casos, ha dicho la Corte federal en forma reiterada, que *“Para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, corresponde, en virtud del deber de seguridad que le compete a la empresa ferroviaria de trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, demostrar la culpa de la víctima”*⁴⁰. Pero, la prueba de esa culpa debe ser de tal modo contundente que debe reunir los requisitos del caso fortuito; así resulta del mismo fallo recién citado⁴¹.

El art. 1726, PCC, prevé la excusa fundada en el hecho de la víctima; dice: *“Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”* (sic). El ‘hecho’ del damnificado aporta una excusa de amplia aplicación, que no se limita a la actuación de los menores e incapaces, carentes de imputabilidad; comprende el aporte causal relevante⁴², según la doctrina de la causalidad adecuada (art. 1732, PCC) que deberá ser probada por quien alega la eximente (art. 1731 y 1732, PCC). En el art. 1728, PCC, se refiere al ‘hecho de un tercero’ y, en este caso, se establece de modo expreso que debe revestir los caracteres del caso fortuito. Pienso que el supuesto del art. 1726, PCC, puede tener mayor utilidad en los daños derivados del incumplimiento contractual, como en supuestos de imposibilidad de cumplimiento. Pero no advierto razón para que se excluya el caso fortuito cuando se invoca el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad; la Corte federal ha hecho aplicación reiterada de este supuesto⁴³. En el art. 1736, el PCC explicita los supuestos en que el caso fortuito y la imposibilidad de cumplimiento no

⁴⁰ CS, 12.05.1998, ‘Sosa, Tomás c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros’, *Fallos* 321:1462; CS, 10.04.2003, ‘Valle, Roxana E. c. Provincia de Buenos Aires y otro’; CS, 16.11.2004, ‘Salcedo, Alberto c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A.’.

⁴¹ CS, 02.04.1998, ‘Descole, Alicia Noemí y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos’, *Fallos* 321:700; CS, 15.10.1987, ‘Prille de Nicolini, Graciela Cristina c. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 310:2103; CS, 12.12.1989, ‘Ortiz, Eduardo Adolfo /menor, Ortiz, Enrique A. c. Empresa Ferrocarriles Arg.’, *Fallos* 315:2412; CS, 29.10.1996, ‘Giménez, Pablo Martín y otros c. Schuarts, Eduardo’, *Fallos* 319:2511; CS, 5.12.1998, ‘Stechina, María Cristina c. Provincia de Buenos Aires y otros’, *Fallos* 321:3519; CS, 11.05.1993, ‘Fernández, Alba Ofelia c. Ballejo, Julio Alfredo y Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 316:912; CS, 25.06.1996, ‘Sikora, José Francisco c. DHL. Internacional S.A.’, *Fallos* 319:1108; CS, 22.12.1994, ‘Brescia, Noemí Luján c. Provincia de Buenos Aires y otros’, *Fallos* 317:1921; CS, 23.02.1995, ‘Severino, Pedro Oscar y Jorge Enrique c. Hormigonera Testa Hermanos S.A. y otros’, *Fallos* 318:230; CS, 10.10.2000, ‘Chaves, Fabián M. c. Provincia de Tucumán’; CS, 24.04.2001, ‘Contreras, Raúl Osvaldo y otros c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A.’, entre muchos.

⁴²

CS, 08.09.1992, ‘García, Ricardo Mario y otra c. Buenos Aires Provincia de’, *Fallos* 315:1892: *“No puede invocarse la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, en el caso de daños sufridos por el automovilista que embistió a un vehículo que había sido detenido por la policía que realizaba un operativo de control, si el daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que no adoptó las diligencias que exigían las circunstancias del caso para conservar el pleno dominio de su rodado”*. CS, 30.06.1998, ‘Gómez, Javier Horacio c. Quiroz, Alfredo y Estado Nacional’, *Fallos* 321:1776: *“Corresponde rechazar la demanda si el daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse mediante el uso del arma, provocando de tal modo un enfrentamiento armado”*.

exoneran al deudor (cuando se ha asumido el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento; si así resulta de una disposición legal; si media mora a no ser que ésta sea indiferente; si el caso fortuito o la imposibilidad acaecen por culpa del deudor; si constituyen una contingencia propia del riesgo o de la actividad; o si el deudor está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito). Destaco el penúltimo supuesto, toda vez que la doctrina de la Corte federal y de los tribunales en general, venían postulando que el caso fortuito para ser admisible debía ser extraño a la actividad. Así, no se admitió en el caso de los daños producidos por los ‘hinchas’ y ‘barras bravas’ por ser su ocurrencia habitual⁴⁴, no sólo en los estadios sino también en sus adyacencias, pues el hecho acaece ‘con ocasión’ del espectáculo⁴⁵; aunque en soledad, el juez Vázquez sostenía que los robos y hurtos acaecidos en los medios de transporte público, por su habitualidad, no importaban un caso fortuito que exonerara a la empresa de transporte⁴⁶, criterio al que adhiero pues es carga del transportador la protección de la persona del pasajero y la de sus pertenencias⁴⁷; la fuerza irresistible que implica la exhibición de un arma de fuego en el caso de robo con armas reúne las condiciones del caso fortuito⁴⁸. La situación del robo con armas en los medios de transporte público de pasajeros de larga distancia, exhiben una situación distinta que permite sostener la previsibilidad del hecho, aunque recién ahora las empresas empiezan a tomar medidas preventivas instalando máquinas para la detección de armas (‘scanners’ como los que existen en los aeropuertos). En este solo aspecto, me parece admisible el criterio sustentado por BOFFI BOGGERO en tanto sostiene que si el hecho se sabe ‘irresistible’, pero según el curso natural y ordinario de las cosas, “*estamos en el campo de la responsabilidad porque el acontecimiento era previsible*”⁴⁹. Aunque en otro supuesto distinto al del transporte he criticado esta posición⁵⁰, ha de

⁴³ CS, 29.10.1996, ‘Giménez, Pablo Martín y otros c. Schuarts, Eduardo’, Fallos 319:2511: “El hecho de la víctima con aptitud para interrumpir el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el perjuicio a que alude el art. 1113 del Código Civil, debe aparecer como la única causa del daño con las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor”.

⁴⁴ CS, 24.03.1994, ‘Di Prisco, Rosana Miriam Edith c. Club Gimnasia y Esgrima de La Plata’, Fallos 317:226.

⁴⁵

CS, 06.03.2007, ‘Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros’: “El deber de seguridad está contemplado en el Código Civil, del cual es aplicación específica la ley 23184. Esta responsabilidad se basa, causalmente, en la imputación basada en los hechos que ocurren ‘por causa’ o ‘con ocasión’”.

⁴⁶ CS, 31.08.1999, ‘Senderovsky, Gustavo Osvaldo c. Transporte Automotor Plaza /línea 140 y otro’, Fallos 322:1975; CS, 30.05.2001, ‘Décima, Carlos Alberto c. Ferrovías S.A.C.’, disidencias del doctor Vázquez.

⁴⁷

CS, 30.05.2006, ‘Cohen, Eliazar c. Provincia de Río Negro y otros s/daños y perjuicios’.

⁴⁸ CS, 11.02.2003, ‘Finardi, Alberto c. D’Odorico Propiedades S.R.L.’.

⁴⁹ BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 227.

⁵⁰ CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO, “A propósito de un comentario sobre salideras bancarias”, en elDial.com, del 23 de diciembre de 2010.

verse que el transporte impone, como responsabilidad objetiva, la seguridad del pasajero y de sus pertenencias (art. 184, C. de Comercio), donde el asalto en sí, no puede considerarse caso fortuito por no ser extraño a la actividad. En ese sentido se dijo que *“ya que el asalto y posterior tiroteo dentro de un rodado de transporte de pasajeros está dentro del riesgo específico de la actividad, con lo cual no es un hecho ni imprevisible ni inevitable”*⁵¹. El PCC dispone en su art. 1289 una obligación objetiva de garantía; dice: **“Obligaciones del transportista.** Son obligaciones del transportista respecto del pasajero: a) proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado; b) trasladarlo al lugar convenido; c) garantizar su seguridad; d) llevar su equipaje” (sic). Y el art. 1291, dice: **“Extensión de la responsabilidad.** Además de su responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, el transportista responde por los siniestros que afecten a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas” (sic).

En un caso referido a la obligación de seguridad que resulta del contrato de transporte, la Corte federal acordó la reparación con el fundamento de la condición de consumidor de la víctima⁵².

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe recordar que la Corte federal ha sostenido con cierta frecuencia que *“Aunque se acepte que la víctima haya sido también imprudente, es menester precisar en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente hubieran podido ser evitadas si se hubiese observado el comportamiento apropiado, pues la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (arg. arts. 512, 902, 1109 y conc. del Código Civil)”*⁵³

El art. 1720, PCC, alude a los factores objetivos de atribución, sin indicar, como en el caso de los subjetivos, a cuáles contempla; dice: **“Factor**

⁵¹ CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 18.11.2004, ‘Miera de Vázquez, Delia M. c. Expreso Granate Línea 293 s/daños y perjuicios’, BA B2550492; CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 11.05.1995, ‘Peña, Wenceslao R. c. Em. De Transp. del Oeste S.A.’ BA B2350868. En contra, CCiv. y Com. San Isidro, sala 1ª, 09.03.1999, ‘Gillioni c. MONSA s. Daños y Perjuicios’, BA B1700745.

⁵²

CS, 22.04.2008, ‘Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.’: *“La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184, Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios, sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”*.

⁵³

CS, 26.07.1988, ‘Díaz Estay de Salerno, Lucía c. Empresa Ferrocarriles Argentinos’, Fallos 311:1227; CS, 09.10.1990, ‘Lobos, Ariel A. c. González, Alcides’, Fallos 313:995; CS, 05.07.1994, ‘Viera, Mario Rafael y otro c. Empresa Ferrocarriles Argentinos’, Fallos 317:768; CS, 23.02.1995, ‘Severino, Pedro Oscar y Jorge Enrique c. Hormigonera Testa Hermanos S.A. y otros’, Fallos 318:230; CS, 10.10.1996, ‘Minervino de Caldentey, Graciela Marta c. Cuevas, Alfredo Héctor y otro’, Fallos 319:2336; CS, 29.10.1996, ‘Giménez, Pablo Martín y otros c. Schuarts, Eduardo’, Fallos 319:2511; CS, 17.04.1997, ‘Savarró de Caldara, Elsa I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos’, Fallos 320:536; CS, 02.04.1998, ‘Risolia de Ocampo, María José c. Rojas, Julio César y otro’, Fallos 321:709; CS, 01.06.2000, ‘Zeballos, Rodolfo Ramón c. Mischczuk, Alicia Juana’, Fallos 323:1508; CS, 05.10.2004, ‘Perdomo Martín, Anair J. c. Bolsi, Carlos A.’.

objetivo. *El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*” (sic). En las eximentes, la causa ajena debe ser completada con todos los supuestos que impliquen la ruptura del encadenamiento causal. A mi parecer es razonable la inclusión de la excusa contenida en el art. 1113, tercer párrafo, CC vigente, en cuanto al hecho dañoso producido por la cosa portadora de riesgo (automóvil) o vicio, cuando fue usada en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián. Al art. 1758, PCC, que regula la responsabilidad derivada del uso de cosas, la prevé expresamente en su tercera proposición. La norma dispone que responden el dueño y el guardián en forma indistinta, y define a este último como aquel que tiene el poder de hecho de la cosa u obtiene un provecho de ella. El art. 1769, PCC, relativo a los accidentes de tránsito remite expresamente al régimen de aquel artículo.

En cuanto a los factores objetivos, en algún caso se indica de modo expreso los supuestos o actividades que contempla (hechos de dependientes, art. 1753; responsabilidad de los padres, art. 1755; hecho de las cosas, art. 1757; daños causados por animales, art. 1759; responsabilidad del Estado, art. 1764, y por actividad lícita, art. 1766; de los establecimientos educativos, art. 1767; leasing, art. 1243; en la obligación de resultado, art. 1721) y, en otros, se deduce del texto. El art. 1757, PCC, que se refiere al ‘hecho de las cosas y actividades riesgosas’, contiene una generalización acerca de la responsabilidad derivada de su uso, ya que no alude al dueño y guardián sino a *“Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”*. Ignoro la razón concreta del uso de este giro (‘toda persona’), porque el PCC se ha publicado sin notas ni referencias de modo que no es dable conocer la razón o fuente directa de las normas; pero recuerdo que el art. 1109, CC vigente, dice *“Todo el que ejecuta un hecho”* (sic) y ese ‘todo’ no es otro que el autor del daño que la norma manda reparar. De manera que, a mi parecer, se ha pensado en darle una amplitud significativa al texto de modo que quede claro que el uso de las cosas riesgosas o viciosas hará responsable a quienquiera que se sirva de ellas. El segundo párrafo del art. 1757, sienta de modo expreso que la responsabilidad es objetiva; dice: *“La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”* (sic). La última proposición (‘cumplimiento de las técnicas de prevención’) permite, a mi juicio, excluir la invocación del caso fortuito, pues, si satisfechas esas técnicas, el daño se produce igual, no habrá excusa posible, a salvo la culpa o el hecho de la víctima. Cuando se refiere a la responsabilidad de los establecimientos educativos, la única excusa que admite es el caso fortuito (art. 1767, PCC). Pareciera que debe quedar igualmente excluido el hecho y la culpa de un

tercero ajeno a la actividad, en la medida que su conducta hubiere vencido todas las medidas de prevención adoptadas. Pareciera que la responsabilidad es irrefragable, lo que parece adecuado y justo frente a actividades de gran peligrosidad, como es el uso de la energía atómica o las emanaciones contaminantes que, aunque en pequeñas cantidades, se emiten de modo incesante en el ambiente, afectando a la corta o a la larga la salud de los habitantes circundantes. Imagino que la incidencia de la doctrina del análisis económico del derecho ha dado fundamento a esa conclusión proyectada. El último párrafo del art. 1758, PCC, referido a los sujetos responsables, establece que *“En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”* (sic). El PCC introduce aquí expresa referencia a la ‘actividad riesgosa’ que en ausencia del texto del art. 1113, en sus agregados por la ley 17.711, exigía a los jueces una exégesis no prevista expresamente. La referencia a la ley especial apunta, supongo, al tratamiento de situaciones particulares, que permitiría atrapar una variada gama de actividades. A modo de ejemplo, el art. 60 de la ley nacional de tránsito, impone al organizador de competencias o eventos que ocupen la vía pública, su responsabilidad por daños que se originen a terceros o a la vía, o, en su caso, la contratación de seguros.

Pese a que la doctrina y la jurisprudencia entendía comprendida la actividad riesgosa en la disposición legal citada⁵⁴, no he encontrado fallos explícitos de la Corte federal sobre el punto, a salvo una referencia al carácter de riesgosa que supuestamente se atribuiría a la prensa⁵⁵. La Suprema Corte de Mendoza, resolvió que *“La laboral desarrollada por una docente no es una actividad riesgosa o peligrosa, por lo que no genera de por sí la aplicación del art. 1113 CCiv., que la norma exige el vicio o peligrosidad de la cosa”*⁵⁶. La cuestión reviste, además, importancia en la práctica procesal, pues el daño resultante de actividad riesgosa genera una responsabilidad objetiva que pone a cargo del demandado la prueba de la eximente que invoque, no obstante que el art. 1731, PCC, haya dispuesto que *“Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”* (sic). El mismo dispositivo hace expresa aplicación del sistema de la carga dinámica de la prueba, obligando a probar a quien está en mejor condición de hacerlo, dándole al juez un papel activo en la producción de la prueba. Cuando la responsabilidad es objetiva pesa en el actor la prueba del hecho de

⁵⁴ CCiv. y Com. San Isidro, sala 1ª, 02.08.1998, ‘Rodríguez, Olga v. Autopistas del Sol S.A. s/ Daños y perjuicios’, BA B1700557: *“Nuestro Código Civil deja librado a los jueces, a diferencia de otros ordenamientos, la determinación de cuando una actividad o cosa es riesgosa”*.

⁵⁵ CS, 02.07.1993, ‘Pérez Arriaga, Antonio c. Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.’, Fallos 316:1623: *“No existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa”*.

⁵⁶ SCJ Mendoza, sala 2ª, 21.10.2002, ‘Romera c. Dirección General de Escuelas’.

la que resulte, esto es, el carácter riesgoso o vicioso de la cosa⁵⁷, sea por su modo de empleo, o su disposición aún tratándose de cosas inertes, y la relación de causalidad entre el riesgo y el daño⁵⁸; y, como reza el art. 1720, PCC, “*En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*” (sic). La Corte federal ha sostenido que “*Cuando el daño ha sido atribuido por el demandante al riesgo o vicio de la cosa, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal en cuanto atribuye la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido*” (fallo citado en la nota 57). En otra ocasión ha exigido sólo la prueba del daño y el contacto con la cosa riesgosa⁵⁹.

Es interesante un fallo de la SCJ Mendoza que, en referencia a una carrera de motocicletas, sostuvo que si bien se trataba de una actividad riesgosa, el daño no se había producido por ello sino por la deficiencia en la organización del evento y la inexperiencia de los banderilleros, pesando así la responsabilidad en el organizador del evento⁶⁰.

La SC de Buenos Aires ha exigido al actor, con razón, la prueba de la condición de riesgosa o viciosa de la cosa de que deriva el daño⁶¹.

Una cuestión de interés suscita la actividad del transporte de pasajeros que, tradicionalmente y con apego al art. 184, Cód. de Comercio, se ha juzgado riesgosa. Alguna jurisprudencia deducía, frente al pasajero, un doble juego de responsabilidad: contractual (respecto de la empresa de transporte), extracontractual (respecto del conductor)⁶². Esta cuestión desaparece, en gran medida por la unificación de la responsabilidad contractual y aquiliana; y, sin perjuicio de ello, el art. 1758, PCC, cuando habla de los sujetos responsables cuando el factor de atribución es objetivo, dispone, en su último párrafo, que “*En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial*” (sic). El art. 1769, PCC, hace aplicable a los accidentes de tránsito las disposiciones relativas a los daños causados con cosas. El art. 1286, PCC, relativo a la responsabilidad del transportista, remite a los arts. 1757 y siguientes, de modo que no será necesario escindir el tipo de responsabilidad frente al conductor y a la

⁵⁷ CS, 28.04.1998, ‘Martínez, Diego Daniel c. Provincia de Corrientes’, *Fallos* 321:1117.

⁵⁸ CS, 9.11.1991, ‘O’Mill, Allan Edgar c. Provincia del Neuquén’, *Fallos* 314:1505; en igual sentido, SCBA, 19.09.2007, ‘Montenegro, Atilio c. Industrias del Papel L.L. S.A. y otro’, BA B59099.

⁵⁹ CS, 11.05.1993, ‘Choque Sanahua, Antonio c. EMEGE S.A. y otro’, *Fallos* 316:928; CS, 24.04.2001, ‘Contreras, Raúl Osvaldo y otros c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A.’; CS, 12.08.2003, ‘Kazibroguk, Hugo C. c. Muller, José L. y otros’.

⁶⁰ SCJ Mendoza, sala 1ª, 27.02.2006, ‘Molina, Hugo E, c. Consejo Municipal de Deportes, Dirección Municipal de Deportes’, Abeledo-Perrot, MZA 83249.

⁶¹ SCBA, 19.09.2007, ‘Montenegro, Atilio c. Industrias del Papel L.L. S.A. y otro’, BA B59099.

⁶² CCiv. y Com. San Isidro, sala 1ª, 22.12.1998, ‘Gonzalez, Carolina c. Palacios y Microómnibus General San Martín S.A. s. Daños y perjuicios’, BA B1700593.

empresa; además, el art. 1753, PCC, hace responsable al principal de los hechos del dependiente, y declara que su responsabilidad es concurrente; por fin, el art. 1773, PCC, determina que “**Acción contra el responsable directo e indirecto.** El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto” (sic).

He de recordar que algunos tribunales juzgaban que la actividad riesgosa, en aplicación de los supuestos contenidos en el art. 1113, añadido por el decreto ley 17.711, era de carácter extracontractual, con independencia de que el responsable obtuviera un lucro con ella⁶³. Esta cuestión desaparece con la unificación de la responsabilidad civil y, también, en la medida en que al adoptarse la formulación doctrinaria de las obligaciones de medio y de resultado, atribuidas en su origen a Demogue, cuando se convenga una prestación que persiga un resultado determinada, la obligación será de resultado y, en tal caso, la responsabilidad es objetiva. El art. 1721, PCC, dice: “**Responsabilidad contractual objetiva.** Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva” (sic). Es claro, así, que el contrato de transporte da origen a una obligación de ese carácter y que la responsabilidad es objetiva; bastará al pasajero demostrar la existencia del contrato y el daño sufrido, para que su reclamo sea estimado.

Como dijo la Corte federal en ‘Bulacio’, “*El transportista asume una verdadera obligación de seguridad que consiste en llevar sano y salvo al pasajero hasta su lugar de destino, por lo que cualquier inconveniente que éste sufra, configura, en principio, un incumplimiento de la debida prestación del transportador y da nacimiento a la responsabilidad, a menos que demuestre la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*”⁶⁴.

En algunos supuestos se ha resuelto que aún sin la prueba del pasaje, el transportador es responsable del daño producido, aún frente a quien no lo había abonado, dando prioridad al hecho del transporte⁶⁵. En una disidencia el juez Vázquez sostuvo que el ‘ratero’ aún cuando no hubiere abonado el pasaje o fuera admitido en forma gratuita como vendedor ambulante, no perdería su condición de pasajero⁶⁶; también, el mero acceso.

⁶³ CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 20.04.2004, ‘Pintos, Gabriela V. c. Tabares, Saciano A. y otro s. Daños y perjuicios’, BA B2550344.

⁶⁴

CS, 16.02.1999, ‘Bulacio, Luis A. c. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 322:140; CS, 30.05.2006, ‘Cohen, Eliazar c. Provincia de Río Negro’; CS, 12.05.1998, ‘Sosa, Tomás c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros’, *Fallos* 321:1462.

⁶⁵ CCiv. y Com. La Matanza, sala 1ª, 07.09.2004, ‘Tasistro, Mirna Gladys c. T.A.L.P.S.A’, BA B3350766; CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 17.08.1995, D’rpic, Nilda E. c. Empresa de Transporte El Libertador S.R.L.’, BA B1351227; se invocó que el contrato no es solemne.

⁶⁶

CS, 31.08.1999, ‘Senderovsky, Gustavo Osvaldo c. Transporte Automotor Plaza’, *Fallos* 322:1975; en igual sentido, CCiv. y Com. San Martín, sala 1ª, 16.06.2005, ‘Balbi, Susana Norma c. Transportes Alberti S.R.L.’, BA B1951294; CCiv. y Com. San Martín, sala 1ª, 03.06.2004, ‘Salinas, Clara I. c. Expreso General

5. El daño. El daño injusto. Sin duda, el daño determina el inicio del análisis acerca de su responsabilidad; abre la investigación sobre la acción dañosa, la autoría, la ilicitud, la imputabilidad, los factores de atribución y, en revisión histórica objetiva (prognosis póstuma), impulsa la investigación de la causalidad. El daño, ‘vedette’ o cuestión axial de la responsabilidad civil, ha merecido también, como no podría ser de otra manera, regulación en el PCC, pues hace mucho que ha dejado de ser un suceso aceptado como la ‘fuerza vivificante del dolor’, como decía LLAMBIAS. Este análisis, a la luz de los textos vigentes supone, en la mayoría de los casos, la certeza de la antijuridicidad, aunque habrá supuestos, que ya he referido, en que la acción, no obstante su licitud, hará que el daño deba ser reparado. Como dice ALBERTO J. BUERES, “*si bien entre acción ilícita y daño se produce una comunicación cuando el obrar no está autorizado, ello no es obstáculo para que la antijuridicidad sea requisito constitutivo de la responsabilidad*”⁶⁷. Pero en los nuevos textos proyectados, la injusticia del daño podrá resultar de otras circunstancias, a veces normativas y a veces no, que determinen que una acción lícita genere un daño injusto; vista la relación precedente de cuestiones que han puesto sombras en la comprensión del problema, el cambio de orientación habrá de suponer un modo diverso a imprimir en el análisis jurídico; al menos, ya habrá un asiento normativo, aquel que declara el deber de evitar un daño no justificado (art. 1710, letra ‘a’, PCC), menos deletéreo que el *alterum non laedere*, sustentado no sin cierto esfuerzo en el art. 19, CN, al que, cabe recordarlo nuevamente, CARNELUTTI había tildado de ‘figura fantasmagórica que ilusiona y seguirá ilusionando a los juristas’. Con todas las dudas e incertidumbres que el tema traduce, no vacilo en afirmar, como ha hecho BUERES siguiendo a DIEZ-PICAZO y GULLÓN, “*que todo daño debe ser resarcido mientras exista una justa razón para encontrar un responsable*” (principio *pro damnato*)⁶⁸.

El PCC trae una cuestión novedosa, apenas esbozada en el viejo CC, cual es la prevención del daño, que completa un aspecto no definitivamente incorporado a la responsabilidad civil. He encontrado algunas referencias en el CC vigente, como en el caso del art. 233, que autoriza medidas para evitar actos de administración o disposición de bienes que perjudiquen al cónyuge durante el trámite del divorcio o la separación personal; en el art. 482, que autoriza medidas de prevención a favor de ciertas personas que requieran asistencia especial; en el art. 2327, que autoriza antes de la apertura del juicio sucesorio, solicitar medidas urgentes en protección del interés común de los herederos; en el art. 2499, segundo párrafo, que autoriza a requerir medidas cautelares cuando se tema que de un edificio o de otra cosa, se derive daño a las cosas propias, que no se autorizaban en el art. 1132 (amenaza de ruina); en el art. 2786, cuando en la reivindicación de una cosa

Sarmiento S.A., BA B1951141; CCiv. y Com. Morón, sala 1ª, 21.12.04, ‘Carrizo c. TBA’, BA B2300645.

⁶⁷ BUERES, ALBERTO J., *Derechos de daños*, Hammurabi, cit., p. 501.

⁶⁸ BUERES, ALBERTO J., *Derechos de daños*, Hammurabi, cit., p. 122.

mueble se tema que sufra deterioro en manos del poseedor; el art. 2939, que autoriza a exigir fianza al usufructuario respecto de la integridad de la cosa dada en usufructo; el art. 3100, que autoriza a modificar las corrientes de agua en resguardo de predios rústicos; y el art. 3853, que autoriza a herederos y locatarios a pedirle seguridades al albacea respecto a los bienes relictos.

También he encontrado en el CC vigente algunos supuestos en que se autoriza solicitar medidas conservatorias, como los del art. 152 bis, a favor de las personas allí citadas (disminuidos en su capacidad, ebrios habituales, pródigos); del art. 414, contra los tutores en resguardo de los bienes de los pupilos; de los arts. 1370 y 1371, a favor del comprador y del vendedor en caso de la compraventa condicional; del art. 1544, que autoriza al locatario a efectuar reparaciones urgentes, que no admiten demora; del art. 1916, que autoriza al mandatario, impedido de ejecutar el mandato, a tomar medidas que las circunstancias exijan; del art. 2652, que autoriza al propietario a realizar obras destinadas a impedir el ingreso de aguas en el predio propio; y del art. 3443, que acuerda a los acreedores del causante derecho a solicitar medidas conservatorias de sus derechos frente a la confusión patrimonial.

Reitero que en el art. 1710, PCC, se establece una declaración general acerca de la necesidad de evitar daños injustificados que operaría como una regla general, al modo del *neminem laedere*, y que encuentra fundamento en el art. 19, CN, como ha declarado la Corte federal⁶⁹, pero que ahora constituiría una base normativa expresa para sostener la procedencia de la reparación del ‘daño injusto’. El art. 1714, PCC, lo reitera: “**Deber de reparar.** La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” (sic).

El PCC, en su art. 1711, establece que: “**Acción preventiva.** La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé” (sic). La claridad de la norma no exige otro comentario, aunque agrego que el PCC contiene algunas previsiones expresas de aplicación de la acción, como en el art. 592, como impugnación preventiva de la filiación de la persona por nacer; y el art. 1032, que de modo expreso se refiere a la tutela preventiva, en materia de contratos, que autoriza a suspender el propio cumplimiento frente a la amenaza de incumplimiento de la otra parte, por haber sufrido un menoscabo significativo su capacidad de cumplir o su solvencia. A mi criterio, esta

⁶⁹ CS, 21.09.2004, ‘Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688’, *Fallos* 327:3753; CS, 28.06.2005, ‘Ferreira, Gregorio P. c. Mastellone Hnos. S.A.’; CS, 07.03.2006, ‘Díaz, Timoteo F. c. Vaspia S.A.’; CS, 30.10.2007, ‘Otero de Cufre, Sara Beatriz c. Avícola Capitán Sarmiento S.A.’; CS, 08.04.2008, ‘Arostegui, Pablo Martín c. Omega ART S.A.’; CS, 18.06.2008, ‘Bernald, Darío c. Bertoncini Construcciones S.A.’; CS, 17.08.2010, ‘Lucca de Hoz, Mirta Liliana c. Taddei, Eduardo y otro’, es que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres.

disposición da nuevo empuje a favor de las medidas autosatisfactivas que, con mayor razón, apuntan a lograr el reconocimiento inmediato de un derecho; como indica MIDÓN, se trata de “*requerimientos apremiantes formulados al órgano jurisdiccional que se agotan –de ahí lo de autosatisfactivas- con su pronunciamiento favorable, no siendo necesario, entonces, la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento*”⁷⁰.

El art. 1713, PCC, prevé una ‘sanción pecuniaria disuasiva’ en favor de titulares de derechos de incidencia colectiva, referidos en el art. 14, inciso ‘c’, del proyecto. Se refiere a “*c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general*” (sic). Operaría como las astreintes, dando facultad al juez para reducir su incidencia económica si resultara excesiva, aunque en el precepto del art. 666 bis, CC vigente, se refiere a quien incumple una resolución judicial, lo que supone un planteo previo⁷¹. El art. 804, PCC, reproduce a la letra ese texto vigente.

La primera disposición de la Sección Cuarta, y bajo el título de daño resarcible, el art. 1733, PCC, establece: “*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*” (bis). La primera conclusión es que la disposición no habrá de amparar la violación de un interés o pretensión que el ordenamiento repruebe. En ese sentido, la norma no es novedosa pues, entre algún otro supuesto, el art. 1082, CC argentino vigente, no confiere acción de repetición contra los obligados solidarios (autores, consejeros o cómplices del delito, aunque no se tratare de uno del derecho penal, art. 1081, CC) que ha hecho pago total de la indemnización del daño causado.

El objeto de la tutela es la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. En cuanto a lo primero, me parece bien la incorporación del respeto a la dignidad de la persona, establecido en el art. 51, PCC, y afirmado en el art. 52, en los siguientes términos: Art. 51: “***Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad***” (sic). Y art. 52: “***Afectaciones a la dignidad. La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o***

⁷⁰ MIDÓN. MARCELO S., “Los procesos urgentes y el Derecho Procesal Constitucional”, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili –Director-, La Ley, Buenos Aires, 2010, T. I, p. 477.

⁷¹

Art. 666 bis (decreto ley 17.711: “*Los jueces podrán disponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial.- Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente proceder*”.

identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo I” (sic). Encuentro referencias explícitas a la dignidad de la persona en el articulado del PCC; así, en el art. 279, relativo al objeto de los actos jurídicos, que se repite en el art. 1004, respecto del objeto de los contratos, y en el art. 1097, que se refiere a las prácticas abusivas, imponiendo un trato digno en la relación de consumo, con arreglo a los criterios que surgen de los tratados de derechos humanos. Debo consignar, en el sentido del texto, el elogioso fallo de la Corte federal en ‘Campodónico de Beviacqua’, en que sostuvo que “*El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”⁷².

Por cierto, que el poder de prevención y reparación del daño se extiende a todos los derechos y facultades vinculados con la dignidad de la persona, su patrimonio y los derechos de incidencia colectiva, que entiendo englobados en el derecho de propiedad, según la fórmula amplia con que la Corte federal lo interpreta⁷³.

En cuanto a que el daño implica, también, la violación de derechos y facultades, que no se traducen en lo inmediato en detrimentos de orden patrimonial o pecuniario, y que a mi entender están englobados en el art. 1068, CC argentino vigente sin perjuicio de lo que se dispone en el art. 1078, CC (reforma del decreto ley 1.711), me remito a mis apreciaciones que he efectuado en otro lugar⁷⁴. Agrego, ahora, una afirmación de BOFFI BOGGERO relativa a las ‘facultades’, en que afirma, a mi juicio con razón, que “*la norma no es lo mismo que la facultad. Ésta deriva de aquélla, como el hijo del padre*”⁷⁵. Sin perjuicio de que el Codificador se refirió separadamente a derechos y facultades, va de suyo que tienen un distinto contenido. De todos modos, no es la ocasión para profundizar en temas de neto corte filosófico y jurídico, bastando en el caso recordar que la existencia de una norma de la que se infiera directamente la titularidad de una facultad, aunque no haya

⁷² CS, 24.10.2000, ‘Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Estado Nacional’, JA 2001 - I - 464.

⁷³ El término ‘propiedad’ contenido en los arts. 14 y 17, CN, “*ampara a todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y personales, bienes materiales o inmateriales y en general a todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad*” (Fallos 137:47; 294:152; 304:856); todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirle en su goce, así sea el Estado mismo (CS, Fallos, 145:307).

⁷⁴ CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO, “Nuevas fronteras del daño. El daño moral” en *Liber amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Advocatus, Córdoba, 2010, t. II, pp. 203 a 228; y “Un daño moral no indemnizable. Los abusos de la televisión bajo protección judicial”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2012, en prensa.

⁷⁵

BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 9.

prevista una acción específica en el ordenamiento para hacerla valer, no quita la vigencia del deber de respetarla. En todo caso, no dejo de postular el carácter operativo de las cláusulas constitucionales y que, como quería BIDART CAMPOS, los son ‘con ley, sin ley, contra la ley’, pues no ha de olvidarse que el ‘amparo’ nació como creación pretoriana de la Corte federal (casos ‘Siri’ y ‘Kot’) en que se sostuvo que los derechos son operativos porque ‘están’ previstos en la CN. Si la facultad es distinta del derecho, en particular del derecho subjetivo, existiendo una norma que la consagra, en tanto medie violación o impedimento en su ejercicio (y en el PCC está expresa en el art. 1710 y en el art. 1714), habrá una acción en justicia para hacerla valer, tal como lo autoriza el art. 321, inc. 2º, del Código procesal civil y comercial de la Nación, que otorga una acción contra las acciones u omisiones de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de particulares, en tanto alteren o amenacen, derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos en el ordenamiento. De aquellos dispositivos, derivados de la norma fundamental, nace el poder de acción para hacerlas valer y el código procesal lo regula. Es de utilidad indicar aquí los trabajos efectuados por PEYRANO para el reconocimiento de las medidas procesales de tutela anticipada o tutela preventiva⁷⁶. Si la validez del derecho dependiera de la norma jurídica concreta y específica, el derecho que se establece para la reparación del ‘daño injusto’ no podría tener cabida en el ordenamiento jurídico; ni en el proyectado ni en el vigente. Como destaca MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, “lo ‘jurídico’ no se agota en lo ‘legal’”⁷⁷.

Ya he dicho y repito con riesgo de saturación, que, como enseña BUERES, la culpa “interesa para imputar el daño al agente, y si hay acto nocivo no justificado existe ilicitud objetiva”, quien agrega, que “las normas de comportamiento de la culpa son accesorias de unas normas principales o autónomas que tutelan intereses de las personas (normas de la ilicitud)”⁷⁸. Bien dice MANUEL ALBALADEJO, aunque referido a la obligación en general, que “la satisfacción de un interés del acreedor es la satisfacción del crédito (derecho a exigir la prestación), que carecería de sentido sin aquél”; de modo que la facultad, el derecho o interés en que sean respetados, se habilitan a través de la acción para hacerlos valer en justicia, porque, además, hay una norma expresa o implícita del ordenamiento, que los declara, reconoce u otorga, de modo concreto, específico o, como norma general. El autor que

⁷⁶ PEYRANO, JORGE W., “La tutela de evidencia”: “*El derecho procesal civil actual reconoce y proporciona diversas formas de obtener una justicia temprana frente a situaciones urgentes que legitiman una respuesta jurisdiccional expedita (v.gr., las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada). Son situaciones en las cuales la trascendencia de la urgencia planteada supera y se antepone a la necesidad de certeza jurídica previa que reclama toda resolución judicial en la cual se registren imposiciones de conductas o movilizaciones patrimoniales*”, en Abeledo Perrot, Newsletter del 7.04.2011.

⁷⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Código Civil*, Bueres-Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A, p. 97.

⁷⁸ BUERES, ALBERTO J., *Derecho de daños*, Hammurabi, cit., nota 8, p. 475.

cito lo dice con claridad que conviene transcribir: “La prestación es debida, no en sí, sino como ‘medio’ de satisfacer tal interés. Pudiendo tratarse de uno de cualquier clase con tal de que sea conseguible y digna de protección jurídica su obtención mediante la prestación obligatoria; no siendo necesario que tenga carácter pecuniario; lo que si bien no lo dice explícitamente la ley (como hace, por el contrario, algún Derecho extranjero: Cc italiano, art. 1174 in fine), se desprende sin embargo, de que no lo exige”⁷⁹. Ya me he referido, en uno de los trabajos antes citados, al tema de la patrimonialidad del daño, que la doctrina exige con apego a la expresión literal de la norma vigente (art. 1068, CC, ‘apreciación pecuniaria’), pero es de reiterar que la existencia del daño no supone, como lo destaca también el autor que cito, un inmediato detrimento patrimonial. A mi ver, el PCC atrapa esta idea que sustento, pues en el concepto de daño se refiere al derecho o al interés no reprobado, vinculado al patrimonio, a la persona, o a derechos de incidencia colectiva. El art. 1734, PCC, lo evidencia al disponer sobre la indemnización, cuando en el segundo párrafo dice concretamente: “*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*” (sic). Por tanto, no puedo menos que acompañar elogiosamente esta redacción que abarca un colorido muestrario de intereses protegidos, que no se reducen a lo patrimonial o económico; y tampoco lo excluyen, como lo muestra en su primer párrafo el artículo: “*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*” (sic). No sólo se contempla normativamente este último aspecto, que ha sido motivo de trabajosa investigación doctrinaria y jurisprudencial, sino que se la regula en el art. 1735: “*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*” (sic). Lo que se ajusta, en términos generales, a los criterios sustentados por la Corte federal, que la ha reconocido en tanto suponga “*probabilidad suficiente de beneficio económico que supera la existencia de un daño eventual o hipotético para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible*”⁸⁰; exige, además, la necesidad de reparar un interés ‘actual’⁸¹; y la ha reconocido cuando del hecho resulta que se ha privado a la víctima “*de la*

⁷⁹

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Edisofer, Madrid, España, 12ª ed., 2004, t. II, p. 21.

⁸⁰

CS, 17.03.1998, ‘Dimensión Integral de Radiodifusión SRL. c. Provincia de San Luis’, *Fallos* 321:542; CS, 10.12.1998, ‘N.L. Sociedad Anónima c. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 321:3437; CS, 12.09.1995, ‘Scamarcia, Mabel y otro c. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 318:1715; CS, 14.12.1999, ‘Denenberg, Roberto c. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 322:3103; CS, 24.08.2006, ‘Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Provincia de Entre Ríos y otros’; CS, 12.06.2007, ‘Serradilla, Raúl Alberto c. Mendoza, Prov. de’.

⁸¹ CS, 20.03.2003, ‘Mochi, Ermanno y otra c. Provincia de Buenos Aires s. Daños y perjuicios’.

*posibilidad futura de ascender en su carrera*⁸². Como quería ALFREDO ORGAZ, la chance apunta a “*la probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso*”⁸³.

Agrego que el art. 1735 contiene de modo expreso la reparación de la integridad psicofísica, a la que la Corte federal dio autonomía conceptual y resarcitoria, ligándola a la satisfacción del proyecto vital; dijo la Corte: “*Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, ésta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida*”⁸⁴.

El art. 1736, PCC, en su primera proposición establece un principio que ha motivado numerosos trabajos de doctrina, vinculados a la cuantificación del daño; establece que: “**Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena**” (sic). En el caso ‘Aquino’, reiterado luego, la Corte federal había citado uno de sus precedentes, del cual surge enfáticamente, la necesidad de que la reparación fuera plena pues, si así no fuere, no sería justa⁸⁵. La disposición vedará, en adelante, los intentos para imponer los llamados baremos o reglas de daños tasados, al modo como funciona en España con apego a las tablas indemnizatorias por daños producidos con motivo de la circulación de vehículos automotores. A este respecto, la Corte federal ha dispuesto que, para fijar la indemnización, los jueces atiendan a las circunstancias relevantes, de orden personal y familiar, del dañador y del

⁸² CS, 08.04.2008, ‘Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.’.

⁸³ ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1980. En cuanto a la identificación de la chance en materia civil y comercial, remito a mi trabajo “Sobre la unidad de la responsabilidad civil. La chance en materia comercial”, en *Revista de Daños*, La Ley, Buenos Aires, marzo de 2006.

⁸⁴ CS, 01.12.1992, ‘Pose, José Daniel c. Provincia del Chubut y otra’, *Fallos* 315:2834; CS, 21.05.2002, ‘Camargo, Martina y otros c. Provincia de San Luis y otra, daños y perjuicios’; CS, 20.03.2003, ‘Mochi, Ermanno y otra c. Provincia de Buenos Aires, daños y perjuicios’; CS, 27.05.2003, ‘Sitjá y Balbastro, Juan R. c. Provincia de La Rioja y otro, daños y perjuicios’; CS, 11.06.2003, ‘Cebollero, Antonio R. y otros c. Provincia de Córdoba, daños y perjuicios’; CS, 29.06.2004, ‘Coco, Fabián A. c. Provincia de Buenos Aires y otros, daños y perjuicios’; CS, 11.07.2006, ‘Bustos, Ramón R. c. Provincia de La Pampa y otro, daños y perjuicios’; CS, 07.11.2006, ‘Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente, daños y perjuicios’; CS, 06.03.2007, ‘Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de y otros, daños y perjuicios’.

⁸⁵ CS, 1972, ‘La Florida S.R.L. c. Nación’, *Fallos* T. 283, P. 213: “*Indemnizar es, en suma, eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento. Ello impone que la indemnización debe ser "integral" -que vale tanto como decir "justa"-, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte*”, voto del Doctor Marco Aurelio Risolia.

dañado de modo que la sentencia exhiba con claridad cuáles han sido los criterios seguidos para establecer la indemnización.

Las afecciones “*que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*” (sic), no son otras que las que afectan la vida de relación del dañado. La CNCiv., dictó un fallo esclarecedor sobre el punto que cabe transcribir: “*Se refiere a un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los actos cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, tareas normales en la vida del ser humano, como conducir, transitar, etc.; actividades tales que, en la medida que se ven dificultadas o impedidas, como consecuencia del accidente, constituye un daño indemnizable, independientemente del deterioro de la capacidad de ganancia*”⁸⁶. He aquí otro buen ejemplo de que las facultades, como las indicadas en el fallo, merecen su reparación aunque en lo inmediato no se traducen en una pérdida patrimonial. La Corte federal ha sostenido que “*no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio*”⁸⁷. Ha dicho que cabe “*tener en cuenta las circunstancias personales del damnificado y la gravedad de las secuelas que pueden extenderse no sólo al ámbito del trabajo, sino a su vida de relación, incidiendo en las relaciones sociales, deportivas, etc.*” con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida⁸⁸.

El ya citado art. 1736, PCC, relativo a la reparación plena, reproduce el contenido del art. 1083, CC vigente, según la reforma del decreto ley 17.711, con lo que consagra la reparación *in natura* o en especie como regla, esto es, “*la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie*” (sic), y le da opción para el reintegro específico a menos que fuera imposible o excesivamente oneroso. En los casos de lesiones al honor, a la intimidad o a la identidad personal, el juez puede autorizar la publicación de la sentencia.

El art. 1737, PCC, regla lo atinente al daño moral, con algunas adiciones ya reclamadas por la doctrina y la jurisprudencia: “***Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los***

⁸⁶ CNCiv., sala H, 27.6.2001, 'Alice c. Empresa de Transportes Alberti S.R.L.'.

⁸⁷ CS, 15.09.1987, 'Velasco Angulo, Isaac c. Prov. de Buenos Aires', *Fallos* 310:1826.

⁸⁸ CS, 12.12.1989, 'Ortiz, Eduardo Adolfo /menor, Ortiz, Enrique A. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos', *Fallos* 315:2412; conf. CS, 19.08.1999, 'Irala Aguayo, Abundio c. Provincia de Formosa', *Fallos* 322:1792; CS, 07.02.1995, 'Toscano, Gustavo Cayetano c. Provincia de Buenos Aires', *Fallos* 318:38; CS, 21.03.1995, 'Rebesco, Luis Mario c. Policía Federal Argentina/Estado Nacional/Ministerio del Interior', *Fallos* 318:385; CS, 12.09.1995, 'Scamarcia, Mabel y otro c. Provincia de Buenos Aires', *Fallos* 318:1715; CS, 21.05.2002, 'Camargo, Martina y otros c. Provincia de San Luis y otra'; CS, 11.06.2003, 'Cebollero, Antonio R. y otros c. Provincia de Córdoba'; CS, 29.06.2004, 'Coco, Fabián A. c. Provincia de Buenos Aires', entre muchos otros.

ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible". La segunda proposición otorga a las personas allegadas al dañado legitimación no sólo en caso de muerte, sino de haber padecido una gran discapacidad, como en el caso fallado por la SCBA en 'L., A', en que un niño de corta edad sufrió en el Jardín de Infantes una fractura en su tabique nasal, y fue llevado al hospital donde se los médicos informaron a sus padres que mediante una operación sencilla quedaría sin secuelas; aceptada la misma, fue realizada en quirófano, donde por una falla del equipo que suministraba la anestesia el menor quedó en estado vegetativo con pérdida total de sus funciones orgánicas esenciales. Los jueces del Tribunal provincial elaboraron distintos argumentos, incluyendo la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078, CC vigente, como medio para imponer, en estricta justicia, una reparación por el tremendo dolor moral padecido por los padres ante las consecuencias impensables de la operación.

Entre otros argumentos, un tanto discutibles, se sostuvo que los padres habían sufrido un daño directo pues era clara la afectación moral que el hecho les había generado. En cuanto a la legitimación de las personas que tienen con el dañado 'trato ostensible', apunta a reconocer el derecho a reclamar daño moral a quienes, aún padeciendo esa afectación, no eran reconocidos por el ordenamiento vigente (hermanos, novios, concubinos); la Corte federal fue abriendo la legitimación a partir de sostener que la mención de los ascendientes no implica el respeto del orden sucesorio en tanto el legitimado eventual pudiera ser desplazado por otro de grado más próximo⁸⁹ y, también, a través de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078, CC vigente⁹⁰. Recuérdese que la norma proyectada (art. 1735, PCC) establece que "*Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto*" (sic), sin que haga referencia al tipo de daño o limite la indemnización sólo al daño patrimonial. A partir de este dispositivo, situaciones como la apuntada permitirán fijar, en casos excepcionales como el indicado, fallado por la SCBA, una reparación del daño moral a favor de los damnificados indirectos (en el caso, los padres); me remito a la opinión sustentada y a las citas que efectuara en uno de mis trabajos antes indicados⁹¹.

El último apartado del art. 1737, PCC, trae una limitación inaceptable que, entre otras razones que en adelante expongo, ya en apretada síntesis, contradice la doctrina que sobre el punto ha desarrollado la Corte IDH, respecto de los legitimados para recibir las indemnizaciones en caso de daño moral, padecido por quien, precisamente, ha perdido la vida con motivo de

⁸⁹ CS, 07.08.1997, 'Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires', *Fallos* 320:1645.

⁹⁰ CS, 2,12,2003, 'Folgán c. Rivero'; la Corte sigue el dictamen del Procurador en tanto sostiene que no se había alegado la inconstitucionalidad de la norma; cita también otros precedentes, vinculados al reclamo por parte de una tía del causante (*Fallos* 316:2894) o de una hermana del mismo (*Fallos* 322:621 y sus citas).

⁹¹

"Nuevas fronteras del daño. El daño moral", citado en nota 73.

los actos ilícitos de los que se hace responsable al Estado denunciado; ese derecho a la reparación del daño moral, se transmite a los herederos como derecho hereditario, con independencia de que haya o no promovido el ofendido la acción, desde que bien pudo estar impedido de hecho de hacerlo. La Corte IDH, interpretando el derecho resarcitorio a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que no aplica el derecho interno, sostuvo que: *“La Corte ha indicado, y lo reitera ahora, que el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos. Por el contrario, los daños provocados a los familiares de la víctima o a terceros por su muerte pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio”*⁹². Este criterio inunda el derecho nacional por la fuerza inmanente de los fallos de la Corte IDH, pues son obligatorios para todos los Estados y todos los órganos y funcionarios de los Estados; además, esa obligatoriedad no sólo resulta de lo que dispone el art. 75, inc. 22, CN, respecto al juicio del constituyente sobre los derechos reconocidos, sino porque la Corte federal ha declarado esa obligatoriedad en algunos precedentes⁹³.

Asimismo, la CNCiv., había sentado el criterio que cito en la causa ‘Fabbricatore’, en que acordó expresamente el daño moral que correspondía al fallecido en su propio derecho, que no pudo ser reclamado en vida por la imposibilidad material de hacerlo; obviamente, los herederos no lo ejercen a título propio sino *iure hereditatis*, sin perjuicio del que a ellos corresponda como damnificados indirectos. Ya he dicho antes, que la redacción del art. 1735, PCC, en tanto acuerda al damnificado directo la acción reparatoria, engloba la facultad de pedir el daño moral propio, aunque no falleciere el afectado. Dijo la CNCiv., que *“Cuando la muerte ha sido precedida por un proceso terminal, más o menos prolongado, el moribundo ha podido sufrir un daño patrimonial o moral mientras duró su vida en tales condiciones, el cual pasa a sus herederos ‘iure hereditatis’, y que es independiente de que el causante haya o no deducido esa acción; por tanto, resulta viable la posibilidad de indemnizar las secuelas físicas y/o psíquicas ocurridas durante el curso de tal proceso”*⁹⁴. El PCC parece tomar partido en contra de

⁹² Corte IDH, Caso ‘Castillo Páez’, Reparaciones, del 27.11.98, p. 59; y cita sus precedentes: Caso ‘Aloeboetoe y otros’, Reparaciones, p. 54; Caso ‘El Amparo’, Reparaciones, p. 43 y 46; Caso ‘Neira Alegría y otros’, Reparaciones, p. 63 y 65; Caso ‘Caballero Delgado y Santana’, Reparaciones, p. 60 y 61 y Caso ‘Garrido y Baigorria’, Reparaciones, p. 50.

⁹³ CS, 07.04.1995, ‘Giroldi, Horacio David s. Recurso de casación’, Fallos 318:514: *“La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23054)”*.

⁹⁴ CNCiv., sala D, 26.03.1996, ‘Fabbricatore, Luis y otros c. Instituto Servicios Sociales Bancarios y otros’, Lexis Nexis, Documento N°: 10.2890.

esta sabia jurisprudencia que deja a salvo todas aquellas situaciones en que el dañado no ha podido, por imposibilidad de hecho, ejercitar o iniciar la acción. Trae una previsión concreta respecto a la dispensa de la prescripción cumplida en el art. 2550, PCC, cuando existieren *“dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los SEIS (6) meses siguientes a la cesación de los obstáculos.- En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de SEIS (6) meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante”* (sic). Aunque he constatado algunos casos de impedimento en el ejercicio del derecho (arts. 1114, 1267, 1427, 1729, 1993), no advierto la regulación necesaria para el caso de imposibilidad en el ejercicio de la acción reparatoria, pero por aplicación de la analogía, con no poco esfuerzo interpretativo, podría invocarse la previsión del art. 2550, PCC, para enervar la falta de acción del impedido y habilitar al representante o a los herederos a interponer la acción que no pudo ejercer aquél; esta posibilidad quedaría vedada en los casos de la agresión a un derecho personalísimo, carácter que no reúne la afectación de un derecho o facultad que origina, entre otros, daño moral. Me queda, pues, la duda de cuál sería el temperamento a adoptar en el caso del ahora vigente art. 1099, CC, que se refiere a un supuesto que ‘sólo’ produce daño moral, aunque me inclino por la procedencia de la acción, en caso de imposibilidad, porque la tesis negatoria debe ser restrictiva, en particular si se considera que la sucesión en nuestro derecho es ‘en la persona’ del causante y no en sus bienes, como postula BORDA.

En otra ocasión, he citado la opinión de REZZÓNICO acerca de la interpretación que cabe a la norma vigente del art. 1099, CC, que acuerda la reparación del daño moral al ofendido sólo si reclamó en vida su reparación; el autor citado expone que el daño moral no es, exclusivamente, de carácter personalísimo, desde que sabido es que su reparación persigue una finalidad patrimonial. De allí que, interpretar el art. 1099, CC, dando como exclusiva inteligencia la que se extrae del texto literal, supondría abrogar no sólo la letra de la ley –se refiere a los hechos que **sólo** generan daño moral-, sino restarle a otra norma especial –la del art. 1086, CC- referida a los delitos que producen lesiones, y la del 1079, CC, referida al daño ‘indirecto’, como no atrapada por la norma general del art. 1078, CC, referido al daño moral. Esta norma no distingue sino que incorpora en la concepción legal del daño (la obligación de resarcir “comprende”), “además”, la reparación del agravio moral.

SANTOS CIFUENTES comenta la norma en sentido negativo a la postura que sustentó; no obstante, cita un fallo terminante a favor del traspaso de la acción a los herederos *“cuando el causante se ha visto imposibilitado de interponer la acción correspondiente”*⁹⁵.

⁹⁵ CIFUENTES, SANTOS, *Código Civil*, La Ley, Buenos Aires, 3ª ed., 2011, t. II, p. 516 y 518; CNCiv., sala K, 12.07.2006, La Ley Online.

Sin embargo, el art. 75 del Código Penal de la Nación, establece que “*La acción por calumnia o injuria podrá ser ejecutada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes*” cuestión que constituye una excepción respecto de los delitos que generan daño moral. SEBASTIÁN SOLER opina favorablemente al ejercicio de la acción por los herederos citados, luego de la muerte del ofendido aunque éste no la haya intentado en vida⁹⁶. En concreto, a mi juicio cabría requerir que el PCC fijara a la cuestión el sentido propuesto.

El último párrafo del art. 1737, PCC, en comentario, reza: “*El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*” (sic). A este respecto he registrado un voto coincidente de la doctora Highton de Nolasco, siendo integrante de la CNCiv., que cabe transcribir por su concordancia con el criterio proyectado que, en gran medida, despeja las dificultades en la cuantificación del daño moral, circunstancia conocida de los operadores del derecho. Dice: “*El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero es un medio de obtener contentamientos, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales*”; y agrega: “*El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia*”⁹⁷.

El art. 1740, PCC, regula lo relativo a la prueba del daño: “**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*”. No he de extenderme en esta cuestión que ha sido abordada sin disidencias en la doctrina de la Corte federal, siendo numerosos los fallos dictados⁹⁸. Y se ha admitido, acreditada su existencia, la estimación que autoriza el art. 165 del Código procesal civil y comercial de la Nación⁹⁹.

Mayor interés reviste determinar en qué casos se estima cumplida la acreditación del daño, lo que ha dado lugar a la afirmación de que es *in re*

⁹⁶

V. *Código Penal de la Nación*, Andrés José D’Alessio –Director–, Mauro A. Divito –Coordinador–, La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., 2009, t. I, p. 1082, y sus citas.

⁹⁷

CNCiv., sala F, 8.9.2003, ‘Ferreyra c. Pereyra’.

⁹⁸

CS, 06.07.1999, ‘Schauman de Scaiola, Martha Susana c. Provincia de Santa Cruz’, *Fallos* 322:1394; CS, 16.02.1999, ‘Bulacio, Luis A. c. Provincia de Buenos Aires’, *Fallos* 322:140.

⁹⁹ CS, 27.05.2003, ‘Sitjá y Balbastro, Juan R. c. Provincia de La Rioja y otro s. Daños y perjuicios’.

ipsa, que surge de la naturaleza de la lesión inferida, o de la proximidad de la relación parental entre la víctima y el reclamante, como en los supuestos de muerte de ascendientes y descendientes. En este sentido, ha dicho la Corte federal que “*El daño moral, por su índole espiritual, debe tenerse por configurado ‘in re ipsa’ por la sola producción del evento dañoso, pues se presume -por el grado de parentesco- la lesión inevitable de los sentimientos, que se tradujo para la demandante en un evidente cuadro de angustia e incertidumbre por el desconocimiento de la suerte de su hijo durante el lapso aproximado de un año*”¹⁰⁰. En otro caso ha dicho que “*El reclamo de indemnización del daño moral no necesita prueba directa en casos de delitos contra el honor, ya que se infiere a partir de la calidad objetiva de la ofensa en correlación con las circunstancias particulares de la víctima*”¹⁰¹.

El art. 1741, PCC, establece las condiciones de la reparación y, desde que entre ellas, prevé el tiempo de vida probable del damnificado, permite establecer que será admisible la utilización de formulas de matemática financiera que tienen en cuenta ese y otros parámetros. Asimismo, legitima para recibir reparación en caso de muerte a los hijos menores de 21 años “*con derecho alimentario*” (sic, inc. ‘b’). En los supuestos de lesiones o incapacidad física o psíquica, autoriza claramente la aplicación de aquellas fórmulas, toda vez que contempla “*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*” (sic). Estas fórmulas, utilizadas generalmente en la jurisdicción laboral (fórmula ‘Buodo’, por el nombre del caso en que se aplicó), contradice la doctrina general de la Corte federal en tanto no las ha admitido con amplitud ya que uno de los componentes es la cuantía de los ingresos de la víctima, lo que deja fuera las otras valoraciones referidas a los aspectos personales, la como ha destacado en la causa ‘Aquino’ y los que se dictaron en su consecuencia, antes citados. Ha dicho la Corte, a fin de controlar el juicio judicial, que “*Si mediante una fórmula matemática se busca fijar una suma que permite resarcir un daño caracterizado como la pérdida de capacidad de ganancia, es indispensable precisar la entidad de ese daño a fin de justificar la proporción entre el mismo y aquella indemnización*”¹⁰².

El artículo establece que los gastos médicos, de farmacia y transporte que resulten razonables están comprendidos en la obligación de reparar, lo que ha sido doctrina constante de los tribunales que, además, absolvían al dañado de acreditar documentalmente esas erogaciones. Agrega una cuestión

¹⁰⁰ CS, 28.06.2005, ‘Ramos, Graciela P. c. Provincia de Córdoba s. Daños y perjuicios’; CS, 24.08.2006, ‘Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros v. Provincia de Entre Ríos’.

¹⁰¹ CS, 17.02.2004, ‘Lescano, Roberto J. c. Hardy, Marcos A.’.

¹⁰² CS, 18.08.1987, ‘Puddu, Julio c. Jorge Sequenza SA’, *Fallos* 310:1591.

de interés que vine a generalizar el criterio de alguna sala de la CNCiv., en tanto establece que “*En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado*” (sic). La disposición es una consecuencia de la admisión del derecho a la integridad psicofísica, creación pretoriana de la Corte federal que le ha conferido autonomía a ese rubro de la cuenta liquidatoria del daño.

El art. 1743, PCC, autoriza la acumulación del daño compensatorio al moratorio, facultando al juez a morigerar la cuantía final si resultare abusiva. Recuérdese que el interés compensatorio indemniza la falta de utilización de un capital, retenido por el deudor y nacido del hecho ilícito, de donde es ajustada a derecho su imposición desde la fecha en que cada daño sea debido (art. 1744, PCC); en tanto, los intereses moratorios se justifican en la conducta dilatoria del obligado que, frecuentemente, se aprovecha de la demora característica de los procesos judiciales. Así lo estableció la Corte federal al resolver que “*El específico ámbito de aplicación del art. 622 del Código Civil es el de la demora en el cumplimiento*”¹⁰³. Dijo también que “*La iliquidez de la deuda no es un impedimento para el curso de los intereses moratorios, lo que importa es la certeza de la obligación, es decir, el conocimiento que el deudor tenga o deba tener de la existencia y legitimidad de ésta*”¹⁰⁴.

En la Sección Quinta, el PCC regula los daños a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos individuales homogéneos, fijando los requisitos de legitimación y los efectos de la sentencia, y sus alcances *erga omnes*, aplicables a estos últimos derechos y en cuanto la demanda no haya sido rechazada.

En la Sección Sexta, el PCC se refiere a los sujetos causantes del daño; en el art. 1749 establece que “*Es responsable directo quien incumple una obligación por sí o por un tercero, u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*” (sic). El art. 1750, PCC, dispone que el daño involuntario sólo genera responsabilidad a su autor por equidad, en consonancia con el art. 907, CC vigente; en el caso de daño derivado de fuerza irresistible, el autor no responde del daño causado; habiendo sujetos múltiples, aplica las reglas comunes de la solidaridad si el daño proviene de causa única, y las de la mancomunidad si provienen de causas distintas. El encubridor responde en tanto su aporte ocasiona daño (art. 1752, PCC).

La Sección Séptima se refiere a la responsabilidad por hechos de terceros, estableciendo las reglas conocidas. En el caso de la responsabilidad por el hecho de los hijos incorpora una situación de interés: “*Los padres no*

¹⁰³ CS, 23.11.1993, ‘Conapa Cía. Naviera Paraná c. Banco Nacional de Desarrollo s. Incumplimiento contractual’, *Fallos* 316:2568.

¹⁰⁴ CS, 02.12.1999, ‘YPF S.A. c. Provincia de Corrientes’, *Fallos* 322:2988.

se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible” (sic). De tal manera, la responsabilidad del padre no conviviente con el menor se mantendrá cuando haya dado motivos a la atribución del menor a su cónyuge o a otra persona. En tal caso, la excusa tradicional queda sin efecto, estableciendo que la responsabilidad es objetiva y que sólo se excusa cuando el menor ha sido puesto bajo la guarda de otra persona (art. 1755, PCC), lo que supone una decisión voluntaria de los padres, a fin de que no haya colisión entre los supuestos indicados en la norma (v. gr., caso de culpa y atribución de la tenencia al otro cónyuge). Establece la solidaridad con sus hijos, pero no en las obligaciones derivadas del ejercicio de su profesión y, tampoco, en los contratos celebrados por ellos.

El art. 1756, PCC, sin embargo, acuerda la dispensa a los tutores y curadores en tanto acrediten que *“les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia”* (sic). Debo recordar, como indica la doctrina española, que existiendo igual dispensa en ese derecho que la contenida en el art. 1116, CC argentino vigente, nunca los tribunales españoles acordaron la exoneración de los padres por no haber podido impedir la comisión del hecho.

La Sección Octava se refiere a los daños producidos con intervención de cosas, que ya he relacionado, y los daños causados por animales, siendo de aplicación la responsabilidad objetiva. La Sección Novena regula los supuestos de responsabilidad colectiva y anónima. La Sección Décima se refiere a las responsabilidades especiales (responsabilidad de la persona jurídica, del Estado y la de sus funcionarios, del Estado por actividad lícita, y de los establecimientos educativos), regulando como novedad los casos de actividades profesionales liberales, que queda sometida a las obligaciones de hacer, siendo la responsabilidad subjetiva (art. 1768, PCC), salvo cuando se ha prometido un resultado concreto; y no se le aplican los supuestos de actividades riesgosas. El art. 1770, PCC, regula los supuestos de daños a la privacidad, en similares términos al art. 1071 bis, CC vigente. La Sección Décimo primera se refiere al ejercicio de las acciones de responsabilidad; la Sección Décimo Segunda a las acciones civil y penal, estableciendo la independencia de las mismas, la suspensión del dictado de la sentencia y las consecuencias de la sentencia penal sobre la acción civil. Todas estas cuestiones exceden con creces el propósito de este trabajo, por lo que, por esa razón y las propias del espacio disponible, quedarán para otra ocasión.

6. La relación de causalidad. Conclusiones. El art. 1724, PCC, se ocupa de la relación de causalidad, adoptando la doctrina de la causalidad adecuada, aunque no define sus caracteres, lo que permitirá elaboraciones doctrinarias para determinar su alcance en los casos concretos que resuelvan los jueces. En este sentido, me remito a mis trabajos efectuados sobre el punto, a fin de evitar repeticiones y porque el estudio de la causalidad es, a mi ver,

inagotable, por la complejidad de las situaciones y de las soluciones que resultan justificadas¹⁰⁵. Agregó que remitió a la Comisión de reforma una propuesta de integrar el vigente art. 901, CC, con el siguiente añadido, a fin de facilitar la aplicación de la causalidad jurídica, necesariamente diversa de la que resulta de las leyes de la Lógica y de las Ciencias Naturales: “*La imputabilidad jurídica de las consecuencias de los hechos voluntarios se juzgará sobre criterios de previsibilidad, teniendo en cada caso presente las normas superiores del ordenamiento*”. Acompañé la síntesis del fundamento en los siguientes términos: “*La propuesta tiende a establecer que en aquellas hipótesis en que la causalidad material no satisface adecuadamente la responsabilidad civil por las consecuencias de la conducta desenvuelta, la causalidad jurídica aporte fundamentos bastantes para imputar las consecuencias del hecho según normas superiores del ordenamiento. De modo que se indemnice todo daño, que satisfaciendo los presupuestos legales de antijuridicidad, culpabilidad, causalidad adecuada y daño, encuentre justificación suficiente en dichas normas. La causalidad jurídica implicará, así, un modo corrector de imputación de responsabilidad, dando contenido al ‘fantasmagórico’ (Carnelutti) deber de ‘no dañar’*”. No me corresponde, ahora, determinar si, en alguna medida, mi preocupación sobre la cuestión de la causalidad ha quedado satisfecha en los textos proyectados. Esta cuestión, insisto, requerirá nuevos estudios y cavilaciones.

El art. 1732, PCC, impone la carga de la prueba de la causalidad a quien la alega y las de las eximentes a quien pretende exonerarse; es una aplicación del principio general del *onus probandi* incorporado en el art. 377 del Código procesal civil y Comercial de la Nación.

Otra cuestión que habrá de generar preocupación, es la fijación del plazo de la prescripción de la acción civil reparatoria; el art. 2560, PCC, establece como ‘plazo genérico’ el de cinco (5) años, siguiendo en esto una opinión dominante en la doctrina; sin embargo, el art. 2562, PCC, lo reduce a dos (2) años cuando se trata del reclamo por daños derivados de accidentes de tránsito (inc. b), del contrato de transporte de personas o cosas (inc. e) y por los provenientes de ataques al honor, a la intimidad y a la imagen (inc. f). El plazo se inicia desde que la prestación es exigible (art. 2554, PCC). Pese a que regula la relación de consumo, no legisla sobre la prescripción de las acciones, que la ley especial establece en tres (3) años.

¹⁰⁵ CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO, “Responsabilidad médica y causalidad”, en *La Ley*, Año LXVII, N° 149, del 5 de agosto de 2003; “La causalidad de las cosas inanimadas”, en *Comercio y Justicia, Semanario Jurídico* del 24 de junio de 2004, N° 1463, p. 769 y ss.; “La responsabilidad del Estado por las cosas de su dominio y los hechos de la naturaleza”, en sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, julio de 2010; “Otra vez sobre la causalidad en materia de responsabilidad médica”, en *elDial.com*, martes 8 de febrero de 2011; “La causalidad y la eximente de culpa de un tercero”, en *elDial.com* del 17 de mayo de 2011, en *Suplemento de Derecho de Daños*.

A modo de conclusión, recordaré que han sido numerosos los intentos de modificar el CC, habiendo llegado a obtener sanción legislativa, luego vetada por el Poder Ejecutivo. La necesidad de contar con un Código Civil moderno, que permita a los ciudadanos entender el alcance de sus derechos y la necesidad de postular, antes que nada, la existencia de los deberes cuyo respeto facilita la convivencia social, debe ser una obra de todos. No dejo de recordar aquella admonición contenida en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, que debiéramos infundir desde la infancia en el corazón de cada habitante: *“Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”*, y es también una meta porque *“si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”*. Es que, como dijo JACQUES MARITAIN, ‘La persona humana trasciende el Estado, por tener un destino superior al tiempo’.-

Comodoro Rivadavia, 9 de abril de 2012.-

* Abogado (UC, Córdoba). Especialista en Derechos de Daños (UB, Buenos Aires). Máster en Derecho (UP, Buenos Aires). Ex juez civil y comercial (Comodoro Rivadavia). Profesor Ordinario Adjunto por Concurso de Derecho Comercial II (UNP'SJB'). Doctorando en Derecho Privado en UCES (Buenos Aires) y USAL (Salamanca, España).