

NUEVAS INSTITUCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ARGENTINO

NOVAS INSTITUIÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO ARGENTINO

Julián Emil Jalil *

RESUMEN: Desde la perspectiva del Derecho Argentino, el artículo analiza la fuente del deber de resarcir para luego adentrar en la circunscripción de las normas que lo regulan, pues existen matices diferenciales. Entendemos, desde una perspectiva amplia, que siempre que haya un acuerdo, por más mínimo que sea será contractual, mientras que si no lo hay estaremos en el ámbito extracontractual, para concluir que el sistema de responsabilidad civil incorpora la acción preventiva para evitar daños o no agravar daños en curso de ejecución y la acción punitiva, que sanciona a los proveedores por incumplimientos graves en el ámbito del derecho del consumo.

Palabras clave: responsabilidad civil; Derecho Argentino; riesgo; acción preventiva.

RESUMO: A partir da perspectiva do Direito Argentino, o artigo analisa a origem do dever de indenizar e, em seguida, aprofunda-se na circunscrição das normas que o regulam, uma vez que existem nuances diferenciadas. Entendemos, numa perspectiva ampla, que sempre que houver um acordo, por mínimo que seja, ele será contratual, enquanto se não houver, estaremos na esfera extracontratual, para concluir que o sistema de responsabilidade civil incorpora ação preventiva para evitar danos ou não agravar danos no curso da execução e ação punitiva, que sanciona os fornecedores por infrações graves no campo do direito do consumidor.

Palavras-chave: responsabilidade civil; Direito Argentino; risco; ação preventiva.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. Plena vigencia de la causa fuente extracontractual y contractual del deber de resarcir. 2. La atenuación del concepto de antijuridicidad. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. 3. El daño resarcible. La lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. 4. El enlace causal entre el hecho (antecedente) y el daño (consecuente). 5. La imputación de responsabilidad a título subjetivo u objetivo. 5.1. La imputación subjetiva. 5.2. La imputación objetiva. 6. A modo conclusivo.

* Abogado. Juez de la Excelentísima Cámara de de Apelaciones de Puerto Madryn, Argentina. Ex Juez Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia, Argentina. Ex Juez de Refuerzo. Doctor en Derecho (U. de Salamanca - España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho Continental (En la U. de Paris - Francia). Posgraduado en Derecho Constitucional (U. de Bologna – Italia). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho Civil II en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Sede Trelew. Prof. Asoc. Derecho de las Obligaciones en la Universidad Abierta Interamericana. Ex Profesor regular por concurso de la UNL Plata (Adj. Regular). Ex Profesor de la UBA (Por concurso). Ex Profesor de la Universidad de Morón. Ex Profesor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Investigador. Autor de 15 obras jurídicas y de más de 150 artículos de Doctrina. E-mail: julian_emil@hotmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-4671-989X>

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. PLENA VIGENCIA DE LA CAUSA FUENTE EXTRACONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DEL DEBER DE RESARCIR.

El art. 1716 del CCyC que 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 ese cuerpo normativo. Por ello hay que diferenciar conceptualmente en cuanto al análisis ambos supuestos pese a que se encuentren muñidos por similar campo normativo. Al respecto debemos precisar que si bien existe **unicidad normativa**, no hay **identidad de géneros**. En este marco, la *causa fuente* del deber de resarcir el daño (art. 726 del CCyC) será *contractual* o derivará de la *ilicitud*, -que como se verá a continuación-, debe ser analizada *ex post facto*. (Conf. art. 1717 del CCyC).¹

La causa fuente se configura según ALTERINI como el hecho dotado por el ordenamiento jurídico de virtualidad suficiente para darle origen a la obligación.² En este sentido se puede aseverar que la causa fuente u hecho jurídico creador del deber de resarcir, (arts. 257 y 726 del CCyC) es disímil en un caso y en otro.

Incluso existen matices diferenciales entre la obligación que tiene como causa fuente el incumplimiento de una obligación pactada (contrato) de aquella cuya fuente es el incumplimiento del deber general de no dañar.

A modo de ejemplo podemos citar el art. 1082 del CCyC del cual se desprende que la reparación del daño contractual queda sujeta primeramente a las disposiciones del campo contractual especial, general y de la responsabilidad civil. La reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado.

Por su parte, el art. 1728, enmarca los límites de la previsibilidad contractual, al disponer que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.³

Desde esta perspectiva, hay que analizar la fuente del deber de resarcir para luego adentrarnos en la circunscripción de las normas que lo regulan, pues como vimos existen matices diferenciales. Entendemos, desde una perspectiva amplia, que siempre que haya un

¹ La causa fuente es lo que ARISTÓTELES llamaba "causa eficiente" En los términos de ARISTÓTELES existe una "causa eficiente o motora" que da origen a los hechos. ARISTÓTELES. *Introducción a la metafísica*. Traducción. de Tomás CALVOQUE. Ed. Gredos. Pág. 218.

² ALTERINI, Atilio, Aníbal. *Curso de las obligaciones*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 61.

³ A mayor abundamiento sobre la cuestión, ver: KRIEGER, Walter F. "Efectos de la derogación del art. 1107 del Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?, RCCyC 2016 (octubre)", 97, AR/DOC/3073/2016. Asimismo: ALFERILLO Pascual, en Garrido Cordobera Lidia M.R., BORDA Alejandro, ALFERILLO Pascual (Dir.), KRIEGER Walter F. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, T. 2, p. 1058.

acuerdo, por más mínimo que sea será contractual, mientras que si no lo hay estaremos en el ámbito extracontractual.

2. LA ATENUACIÓN DEL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD. DEL DAÑO INJUSTAMENTE CAUSADO AL DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO.

El art. 1066 del Código derogado expresamente exigía la trasgresión a una disposición de la ley que estableciese un deber previo de conducta. El art. 1717 del CCyC, por el contrario, estipula que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se requiere de esta manera simplemente reconocer la existencia de un interés merecedor de tutela jurídica y no reprobado por el ordenamiento. (conf. art. 1737 del CCyC).

El derecho tradicional ha partido de una premisa en razón de la cual no hay resarcimiento del daño si no existe una violación de un derecho subjetivo. Ese derecho subjetivo presupone un interés legítimo, un interés admitido expresamente por el ordenamiento jurídico.

El art. 1717 del CCyC incorpora un cimero paradigma, pues admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales, si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por el judicante en el caso concreto, siempre que no contraríen el orden público.

La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto.

Entonces el daño es injusto en la medida que derive de la lesión de intereses merecedores de tutela jurídica, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota en lo legal, la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado. En base a este razonamiento, cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo.⁴

Así, ninguna duda queda en que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad o armonía familiar, integridad física, psíquica, social, salud mental, integridad moral crean intereses tutelados por el ordenamiento normativo (contemplado en su bloque interno y supranacional por expresa previsión de los arts. 1 y 2 del CCyC), que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos.

⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Tomo IV. Ed. Hammurabi. Pág. 124. JALIL, Julián Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibañez. Bogotá. 2013. Como asimismo: JALIL, Julián Emil. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012.

Se trata de proteger la lesión a valores **dignos y respetados** por toda la sociedad que ameritan su resarcimiento ante cualquier menoscabo, aunque no tengan, en la actualidad o en el futuro, una norma específica que determine un deber jurídico predeterminado a tales efectos.

El daño injusto no presupone un deber legal preestablecido como lo exigía el art. 1066 del Cód. Civil, sino que surge de cotejar el ordenamiento jurídico entendido en su totalidad (especialmente tratados internacionales y Constitución Nacional), para determinar si existe un interés que puede verse afectado en el caso concreto, el cual en la medida que merezca tutela jurídica por su razonabilidad deberá ser indemnizado.⁵

3. EL DAÑO RESARCIBLE. LA LESIÓN A UN DERECHO O INTERÉS NO REPROBADO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La función resarcitoria de la responsabilidad civil impone necesariamente la existencia de un daño como presupuesto medular para su aplicabilidad. Como explica SANTOS BRIZ no basta la ejecución del acto ilícito para exigir responsabilidades en la vía civil sino que se requiere además que, como consecuencia del acto, haya sobrevenido un daño al ofendido o a un tercero.⁶

Ahora bien, la existencia de un daño no implica *per se* que éste deba repararse. Explica CALVO COSTA que el daño es un fenómeno físico, que adquiere relevancia en el mundo del Derecho cuando se encuentre enlazado con un *quid iuris*, es decir que el daño, a su esencia física, le adhiere la jurídica. Sabemos que no todos los daños son reparables y no dudamos en afirmar que el principio de la reparación integral no implica reparar cualquier menoscabo, sino tan solo los daños jurídicos, que cumplen con los requisitos del daño resarcible, y que guardan relación causal con el hecho dañoso.⁷

⁵ Ver esta posición en: JALIL, Julián Emil, "Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. A propósito de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015", DFyP 2016 (mayo), 16, AR/DOC/1126/2016. JALIL, Julián Emil, "El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial", RCyS 2016-III, 15, AR/DOC/393/2016. JALIL, Julián Emil, *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2013; Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Buenos Aires. 2012; y *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires. 2012. Asimismo ver los artículos de mi autoría: JALIL, Julián Emil, "Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil", DFyP /2011 (enero), 13. Ed. LA LEY; "El "divorcio electrónico": ¿El medio más idóneo para una sociedad muda?", La Ley Online 15. Ed. LA LEY; y "La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores", publicado en: DFyP Ed. LA LEY, 01/06/2012, 2012 (junio), 29. Ed. LA LEY. Y nuestras ponencias en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015, celebradas en el mes de octubre en la ciudad de Bahía Blanca y en el Congreso de la Familia Adolescencia y Niñez 2015, celebrado en noviembre en la ciudad de Mendoza (Ganadora del premio a la mejor ponencia).

⁶ SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Daños. Editorial Revista de Derecho Privado*. Madrid. España. S/D. Pág. 147.

⁷ CALVO COSTA, Carlos A. "El derecho constitucional a la reparación plena. Su recepción en el Código Civil y Comercial", RCyS 2016-VI, 5, AR/DOC/1391/2016.

El art. 1737 del CCyC dispone que 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. Al respecto, corresponde distinguir el daño evento del daño consecuencia. Lo que se indemniza en el ordenamiento argentino es la consecuencia que el daño naturalístico causa en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima.

Lo resarcible para el Código Civil y Comercial reposa en la lesión al interés⁸ que el menoscabo produce en el sujeto. Léase interés simple, y no interés legítimo, pues el primero exige sólo la afectación de una situación fáctica provechosa en la que se encontraba el sujeto antes de la producción del daño, la cual ha generado un interés que resulta válido en la medida que no sea contrario a las leyes. Por su parte, el interés legítimo requiere que esa situación jurídica de provecho se encuentre reconocida en las leyes generando así un derecho subjetivo que autorice la reparación ante su menoscabo.

Desde esta perspectiva, el daño aparece como un concepto abierto e indeterminado que emana del reconocimiento de un interés aceptado, cierto, serio y respetable, que tendrá cabida resarcitoria en la medida que no sea contrario al ordenamiento jurídico apreciado en su totalidad. La función de ir determinando los caracteres mencionados, reposará en la magistratura nacional, que de una manera relativamente similar al *common law* deberá ir enmarcando, -caso por caso-, los rubros resarcitorios que generan la lesión a intereses merecedores de tutela jurídica. Ello, a través de decisiones razonablemente fundadas, tal como lo determina el art. 3 del CCyC.

El art. 1739 del CCyC establece como requisitos para la procedencia de la indemnización la existencia de un perjuicio *directo o indirecto*,⁹ *actual o futuro*,¹⁰ *cierto*,¹¹ y *subsistente*.¹²

⁸ Como ya explicamos, el concepto de daño ha evolucionado sistemáticamente en nuestro país, partiendo de la idea de interés legítimo, pasando por el concepto de interés lícito, hasta llegar a la idea de simple interés, el cual presupone no ser contrario al derecho. Ese interés gesta en favor de su titular, una facultad pues su lesión atenta contra un derecho subjetivo. El requisito excluyente reposa en que no se encuentra reprobado por el ordenamiento jurídico, es decir que no sea contrario a derecho.

⁹ Este requisito exige que la lesión recaiga sobre un interés propio (ya sea patrimonial o moral); es decir, solamente podrá reclamar la reparación la persona que ha sufrido el perjuicio. Ello, sin embargo, no es óbice para destacar que el daño, -aun siendo personal-, puede ser, -a su vez-, directo o indirecto. Es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito (v.gr., una persona que resulta lesionada en un accidente de tránsito y reclama los perjuicios sufridos en su integridad física). Y será indirecto cuando el perjuicio propio, invocado por el demandante, deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero; aquí el daño se produce de manera refleja o "de rebote" (par ricochet, dirían los franceses), tal como sucede, p. ej., en el supuesto de homicidio en el cual la viuda y los hijos del muerto, -damnificados indirectos-, pueden reclamar iure proprio la reparación del perjuicio material y moral derivado de la muerte de un tercero (víctima). HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV. Libro Tercero. Ed. Infojus. Pág. 469.

¹⁰ Si deseamos establecer una línea de separación entre el "daño actual" y el "daño futuro", es indispensable determinar previamente en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y clasificarlos. Desde un punto de vista fáctico, deseamos destacar que todos los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado. La lógica pone de manifiesto que el daño va a ser posterior en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca "instantáneo", se produce siempre en un momento futuro, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que -con mucha frecuencia- las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastante extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente.

El art. 1740 del CCyC dispone que la reparación del daño debe ser plena. Dicha reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

Como principal consideración debemos precisar que la reparación es el género y la indemnización es la especie, pues existen reparaciones que no recaen en una indemnización, como por ejemplo la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

La Comisión N° 2 (Obligaciones), de las "XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", celebradas en Lomas de Zamora 2.007 resolvió, -en despacho unánime-, que en nuestro sistema jurídico rige el principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado. No

Cuando en el terreno de lo jurídico hablamos de "daños actuales", nos estamos refiriendo a consecuencias que ya han sucedido, es decir que se encuentran en el pasado, con relación al momento que elegimos como punto de referencia; y los "daños futuros", son aquellos efectos nocivos que todavía no se han concretado, aunque a veces sea forzoso que deban producirse.

La actualidad o futuridad del daño está referida al "presente" del litigio. Serán daños actuales los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda, brindarse la prueba y dictarse el fallo; y daños futuros los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. TINTI, Guillermo y CALDERÓN Maximiliano. "Daño emergente y lucro cesante". Publicado en *Academia Nacional de Derecho de Córdoba*. Explican los autores que resulta de singular importancia determinar con precisión cuál es el momento ideal que tomaremos jurídicamente como "presente", es decir como punto separativo entre el pasado y el futuro. Por lo general la doctrina suele hablar de daños futuros con relación a aquellos que se van a producir, o pueden producirse, con posterioridad a la sentencia que pone fin al litigio; y se dice que son daños actuales los que ya se habían producido con anterioridad a la demanda.

Nosotros creemos que hay una cierta imprecisión en estas afirmaciones, y que "jurídicamente", el momento presente es un complejo temporal más extenso y no se limita sólo a la sentencia ni a la demanda, sino que comprende al litigio en su totalidad, desde la demanda, hasta la decisión definitiva del juez o tribunal. Advertimos que toda esa actividad que requiere el litigio, cuya duración se prolonga en el tiempo y se proyecta a lo largo del período que comienza con la deducción de la pretensión ante la justicia, pasa a través de la actividad probatoria desarrollada en el pleito, y termina con la sentencia, debe conceptuarse idealmente como un instante único. El juez, en su sentencia deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionados en un instante único, con el momento de la sentencia.

¹¹ El daño debe ser "cierto" y no puramente eventual o hipotético. Esto significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable su monto; a la inversa, el daño es incierto, -y, por ello, no resarcible, - cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya a existir en alguna medida. ¹¹ Como explican los maestros franceses MAZEAUD y TUNC es preciso que el Juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Ver: MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual*, T. 1, V. 1, Trad. de la 5ª. Ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1977. Pág. 301.

¹² Enseña CALVO COSTA que para que sea resarcible el perjuicio debe subsistir, al momento de dictarse la sentencia, pues nadie puede reclamar la reparación de un daño que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha indemnizado el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento jurídico. Si lo reparó un tercero (por ejemplo, compañía de seguros), la deuda de responsabilidad subsiste, en principio, respecto de éste. Si, finalmente, el bien menoscabado (daño fáctico, pero no jurídico) es reparado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio, y debe ser resarcido. CALVO COSTA, Carlos A. "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación," SJA 2012/12/26-42, JA 2012-IV. Ver asimismo: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. 2017. Pág. 29.

corresponde apartarse del mismo, salvo previsión normativa en contrario que en todos los casos deberá superar el test de constitucionalidad en su aplicación al caso en concreto.

Ha sostenido la CSJN, que el principio de que la reparación debe ser integral, tiene el preciso alcance que surge de su enunciado en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido.¹³

El cimero Tribunal, en el fallo "Aquino", consideró que es inconstitucional el art. 39, inc. 1º de la Ley de Riesgos del Trabajo que exime al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2º, segundo párrafo, de aquélla, en cuanto importa un franco retroceso de la reparación integral, resulta contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana.¹⁴

De forma categórica el tribunal destacó la estrecha vinculación existente entre el deber de no dañar y el derecho a una reparación integral, con una particularidad: a ambos se les reconoció su jerarquía suprema. Ello significa que la reparación indemnizatoria debe ser integral para ser ajustada a la satisfacción del derecho constitucional.

Esta doctrina extraída de los pronunciamientos judiciales se vio reforzada en el año 1994 con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, en particular el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, y en caso de serlo tiene derecho a una indemnización justa". Así, quien sufra un menoscabo injustamente causado deberá recibir una compensación económica que lo coloque en la misma situación que se encontraba de no haber ocurrido el daño identificado.¹⁵

Por último, cabe preguntarse, si los conceptos "reparación integral" y "reparación plena" son idénticos y si tienen el mismo significado. Desde una aproximación no jurídica, podríamos responder afirmativamente, puesto que en el diccionario de la Real Academia Española, integral es un adjetivo definido como "que comprende todos los elementos o aspectos de algo", y pleno como "completo y lleno". No obstante, estimamos que desde lo jurídico se puede indicar que no puede pretenderse en nuestro sistema la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido, ya que deben respetarse los principios establecidos en el ordenamiento jurídico (v.gr. extensión del resarcimiento - consecuencias inmediatas y mediatas-, causalidad adecuada,

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación "Pérez, Fredy Fernando c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/Sumarios", del 24 de agosto 1995.

¹⁴ Voto de los Jueces PETRACCHI y ZAFFARONI, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/09/2004, causa: Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A., Sup.Especial La Ley 2004 (septiembre), 39 con nota de Ramón D. Pizarro; Roberto A. Vázquez Ferreyra; Rodolfo E. Capón Filas; Marcelo López Mesa; Carlos V. Castrillo; Horacio SchickDJ 2004-3, 339 DT 2004 (septiembre), 1286 DJ 2004-3, 394 con nota de Roberto A. Vázquez FerreyraRCyS 2004, 542 con nota de Carlos A. GhersiED 25/10/2004, 5 DJ 2004-3, 798 con nota de Angel E. GattiTySS 2004, 778 LA LEY 2005-A, 230 con nota de José P. DescalziDJ 2004-3, 1094 con nota de Carlos A. GhersiIMP 2004-B, 2588 JA 2006-IV, 15 RCCyC 2016 (octubre), 222 con nota de Christian Alberto Cao y Gonzalo Gamarra, AR/JUR/2113/2004.

¹⁵ CAO, Christian Alberto - GAMARRA, Gonzalo. "El carácter integral como componente inescindible del derecho constitucional a la reparación en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2016 (octubre), 209, AR/DOC/3109/2016.

etcétera),¹⁶ por lo tanto el termino reparación plena resulta más adecuado al principio de realidad.

4. EL ENLACE CAUSAL ENTRE EL HECHO (ANTECEDENTE) Y EL DAÑO (CONSECUENTE).

La conexión causal apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente y supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. Se trata de un elemento autónomo del supuesto de hecho que genera la responsabilidad que está llamado a aprehender jurídicamente el encadenamiento que existe entre una situación antecedente (acción u omisión), y su resultado: el daño.¹⁷

La cualidad jurídica no es adyacente a la causalidad material, pues si bien en cierto campo se superponen, en otro no son coincidentes, pues la primera resulta más comprimida que la segunda.

La causalidad física o material exige una depuración para obtener así la "causalidad jurídica", porque el derecho no es una física de las acciones humanas, el crudo materialismo de la causalidad física es depurado, refinado, sometido a un proceso mental, que descansa sobre la existencia de topes, límites o techos de imputación. A través de los conceptos de normalidad, de previsibilidad y de imputación, y aplicando las normas vigentes, la causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso.

La causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos

¹⁶ CALVO COSTA, Carlos A, "El derecho constitucional a la reparación plena. Su recepción en el Código Civil y Comercial", RCyS 2016-VI, 5, AR/DOC/1391/2016

¹⁷ GOLDEMBERG, Isidoro, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2000, 2da ed., ampl. y con actualización Jurisprudencial, pág.39/40. SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, RAP, Buenos Aires, 2008, pág. 437. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado*, Obligaciones, Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Pág. 94 y ss. JALIL, Julián Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibáñez. Bogotá. 2013. ISBN N° 978-958-749-273-6. JALIL, Julián Emil. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomos I. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012. 1020 Págs. ISBN N° 978-987-1552-38-2.

mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso.¹⁸

El instituto jurídico que recorta la causalidad material es la teoría de la causalidad adecuada adoptada por el Código Civil y Comercial en el art. 1726, por la cual ante un evento dañoso, pueden sumarse otros acontecimientos que aparecen en relación, causal con aquél, apropiados por incrementar el daño. Según la experiencia general, son conformes o adecuadas con el hecho a través del cual se han producido, y el que ha de responder de aquel hecho ha de responder de estas consecuencias. La determinación del nexo causal, permite determinar quién es el autor material *-imputatio facti*, sino también la extensión del resarcimiento.¹⁹

A diferencia de otras ciencias, en materia causal el Derecho no es sólo explicativo ("por qué") sino sobre todo finalista ("para qué"): cuando se trata de responsabilidad indemnizatoria el nexo de causalidad define quién causó el daño y cuáles rubros debe reparar. Dichos aspectos se enlazan de modo entrañable: nada debe reparar quien es ajeno al suceso lesivo, y las características de éste anticipan las consecuencias objetivamente previsibles (inmediatas o mediatas) que procede indemnizar. El detrimento causado por el hecho no es sólo requisito del resarcimiento, sino que también sirve para determinar su extensión y límites. En tanto vínculo con un evento generador, la noción sobre causalidad debe integrarse de manera coherente con la concerniente al daño resarcible. Resuena la directiva clásica de que es resarcible todo y sólo el daño causado por el hecho que se imputa al responsable. La indemnización no debe pecar por exceso, ni por defecto; además de completa en la medida factible, también debe ser apropiada según la gravedad del daño injusto.²⁰

5. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A TÍTULO SUBJETIVO U OBJETIVO.

La acepción factor de atribución como concepto estructural de la responsabilidad civil se incorpora con el Código Civil y Comercial, más precisamente en el art. 1721 de ese cuerpo

¹⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada, LA LEY 12/08/2013, 1, LA LEY 2013-D, 1167, AR/DOC/2991/2013. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo", edición de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro N° 11), Bogotá, 2009, p. 410.

¹⁹ LARENZ, Karl, Derecho de Obligaciones, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 200. Causa adecuada y propio daño, Gagliardo, Mariano, RCyS 2013-I, 99, AR/DOC/6088/2012. JALIL, Julián Emil *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibañez. Bogotá. 2013. Como asimismo: JALIL, Julián Emil *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012. JALIL, Julián Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo II. Ed. Taniel. Buenos Aires. 2012. ISBN N° 978-987-28588-3-4. JALIL, Julián Emil *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires. 2012. ISBN N° 978-987-28717-3-4.

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II, 95, AR/DOC/158/2012. JALIL, Julián Emil *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibañez. Bogotá. 2013. Como asimismo: JALIL, Julián Emil *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012. JALIL, Julián Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo II. Ed. Taniel. Buenos Aires. 2012. ISBN N° 978-987-28588-3-4. JALIL, Julián Emil *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires. 2012. ISBN N° 978-987-28717-3-4.

normativo, mientras que el Código derogado no aludía a ella. Se trata de una creación de la doctrina que cobró vida en el CCyC. Como explica ALFERILLO el termino factor representa el elemento o concausa, y el termino atribución implica señalar o asignar algo a alguien como de su competencia.²¹

El factor de atribución determinará quién y porque debe soportar las consecuencias económicas del daño. Constituye el fundamento o justificación por el cual el daño se traslada económicamente del sujeto dañador a la víctima. Es decir, a través del factor de atribución se imputan las consecuencias de un daño a quien se atribuye el mismo.

5.1. La imputación subjetiva.

Tal como dispone el art. 1724 del CCyC, 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.

La noción de culpa es genérica en nuestro Código, y parte de las líneas trazadas por el art. 1724 de este cuerpo legal, que tanto en el terreno contractual como en el cuasidelictual expone los extremos que la configuran: omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que se correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.²²

La culpa, -a diferencia de lo que ocurre con la relación causal-, se aprecia en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación, y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. No tiene cabida en nuestro derecho, entonces, la teoría de la prestación o graduación de culpas (de cuño romano-bizantino) que clasifica a dicho elemento en grave, leve y levísima.

El sistema que dicta el art. 1724 del CCyC de apreciar la *culpa en concreto*, se compadece con la apreciación de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar, debiendo ponderarse sin caer en una especial culpa, tal como surge de la pauta evaluativa del art. 1725 del CCyC, compatible para graduar el límite de la previsibilidad, atento el deber de obrar con el máximo de prudencia y pleno conocimiento de las cosas.²³

²¹ ALFERILLO, Pascual. En ALTERINI, Jorge. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Tomo VIII. La Ley. Buenos Aires. 2015. Pág. 61. Ver asimismo: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. 2017. Pág. 45. JALIL, Julián Emil. *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2020. JALIL, Julián Emil – MAGRI Eduardo. *Tratado de derecho de las obligaciones. Análisis exegético del sistema obligacional en el Código Civil y Comercial*. Ed. 20XII. Tomo II. Buenos Aires.

²² Ver esta ideas en: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 20/11/1979, Kochanosky, Vitoldo c. Zaccaro, Néstor O. y otra -Ac. 27.700, AR/JUR/2491/1979.

²³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 02/09/1994, Acosta, Graciela v. Manuale, Alberto, JA 1995-II-494, 952124.

La culpa comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. La *negligencia* consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, no adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. La *imprudencia*, por su parte, se traduce en una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever las consecuencias. Finalmente, la *impericia* representa la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte.²⁴

5.2. La imputación objetiva.

Hablar de imputación objetiva no implica considerar que en ella no exista subjetividad. El sistema objetivo de responsabilidad no entiende ni pretende entender que en los daños causados bajo ese sistema no existe culpa alguna del autor, pues ello resultaría absurdo e irreal.

Lo único que pretende el sistema es hacer total abstracción del juicio de valor sobre el reproche del sujeto a quien se le imputa la responsabilidad, de modo tal que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, debiendo acreditarse simplemente la relación causal y el aspecto en el que se fundamente el factor objetivo. (V.gr. carácter riesgoso de la cosa o actividad, carácter vicioso de la cosa o actividad, incumplimiento del deber de garantía, anormal funcionamiento del servicio, defecto del producto, etc.).

La característica fundamental de estos supuestos de responsabilidad reposa en la irrelevancia de la culpabilidad para atribuir responsabilidad (ver art. 1722 del CCyC). El Código posee un error terminológico, pues habla de “culpa irrelevante” quedando de esta manera excluido “el dolo”, por lo que debió referirse a “culpabilidad” o bien a “atribución subjetiva”.

De cualquier manera, la idea de culpa debe ser entendida en su acepción amplia, comprensiva del dolo y la culpa. Lo que indica el Código en el art. 1722 es que no se requiere reproche de la conducta del agente causante del daño. Es decir, no se juzga el accionar volitivo del agente, pues el fundamento de la responsabilidad reposa en otro campo.

El carácter objetivo de la responsabilidad puede derivar o bien del carácter de la obligación asumida, o bien de una disposición expresa o tácita de la ley.

El art. 1723 del CCyC establece que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un **resultado determinado**, su responsabilidad es **objetiva**.

Desde antaño la doctrina diferencia las llamadas *obligaciones de medio* de las de *resultado*, en las primeras el deudor persigue una finalidad pero sin asegurar la obtención

²⁴ HERRERA, Marisa - CAMELO Gustavo - PICASSO Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ed. Infojus. Buenos Aires. Pág. 429.

efectiva de la misma, mientras que en las segundas el deudor garantiza un determinado *producto final o resultado*.

Esta clasificación nace con DEMOGE y su cabal importancia radicaba en el campo probatorio, decía el autor que para determinar a quien se impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, dice DEMOGE que, aún en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado.²⁵

No obstante lo expuesto, -y como explicaremos a continuación-, el Código adopta la postura de considerar gravitante la distinción entre obligaciones de medio y de resultados en el plano del factor de atribución, aunque entendemos que el impacto jurídico se produce en ambos campos, es decir tanto en el plano del factor de atribución como en el de la prueba.

El factor objetivo puede fundarse, en el riesgo, la garantía, la equidad, la falta de servicio, etc. Se funda en el **riesgo creado**; el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (art. 1757), el daño causado por actividades riesgosas (art. 1757), el daño causado por animales (art. 1759), el daño derivado de la actividad peligrosa de un grupo (art. 1762).

Se funda en el **factor garantía**; la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753), responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos (art. 1754 y 1755), la responsabilidad de los establecimientos educativos (art. 1767), la responsabilidad de los profesionales liberales derivada de una obligación e resultado (art. 1723).

Se funda en la **equidad**; los daños causados por actos involuntarios. (art. 1759), y se funda en la **falta de servicio** o en el **anormal servicio**, la responsabilidad del Estado. (Ley 26.944).

6. A MODO CONCLUSIVO.

En base a los que venimos exponiendo podemos decir que si bien es cierto que existe una marcada tendencia a la unicidad normativa de la responsabilidad contractual y extracontractual,

²⁵ PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados" *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1996-II. Buenos Aires. 1996. Pág. 716.
JALIL, Julián Emil Cirugía plástica: ¿obligación de medios o de resultado?, RCyS 2011-IV, 265, AR/DOC/593/2011 En nuestro país varios autores han negado la clasificación pues consideran que medio y resultado forman parte de la estructura misma de la obligación. Se afirma que el objeto del derecho del acreedor es el resultado, mientras que la conducta del deudor, es decir la prestación debida, es el medio. Se identifica el objeto de la obligación y la prestación debida con la esencia de toda obligación. WAYAR, Ernesto. *Derecho Civil. Obligaciones*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 128. ALFERILLO, Pascual. En *Código Civil*...Ob. Cit. Pág. 86.

la causa fuente de ambos campos sigue siendo distinta, como asimismo algunos de los alcances y efectos que producen. El sistema de responsabilidad civil incorpora la acción preventiva para evitar daños o no agravar daños en curso de ejecución y la acción punitiva, que sanciona a los proveedores por incumplimientos graves en el ámbito del derecho del consumo.

Dentro de la función resarcitoria, podemos señalar, en cuanto a la *antijuridicidad*, que el CCyC atenúa el presupuesto, incorporando la doctrina del *daño injusto* del derecho italiano que importa el análisis del hecho *ex pos facto* para determinar si se la víctima ha padecido un daño injusto que merece ser resarcido.

El *daño* sigue configurándose como un recaudo indispensable en la función resarcitoria de la responsabilidad civil, pero no en la función preventiva. El Código pone el acento en la persona humana para el resarcimiento del daño. Se incorporan métodos de cuantificación del *daño por incapacidad*, a través de formulas matemáticas – financieras, y para el *daño extramatrimonial* se recurre a la idea de satisfacción sustitutiva compensatoria.

En cuando *los factores de atribución*, si bien el principio sigue siendo la responsabilidad subjetiva, dicho principio se transforma en la excepción, pues el CCyC se encuentra impregnado de factores objetivos de imputación.

Sería necesario que ningún hecho irrumpiera en la vida de los pueblos para que el derecho se mantenga petreo e inmutable. Los cambios normativos traen nuevas instituciones jurídicas que resultan acordes a los tiempos que corren. Pero, un tiempo de inseguridad jurídica es el precio que debemos pagar para dejar de aplicar instituciones vetustas en un universo en constante evolución.

Recibido: 07.03.2022.

Aprovado: 11.10.2022.

Como citar: JALIL, Julian Emil. Nuevas instituciones de responsabilidad civil en el derecho argentino. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 162-174, jan./abr. 2023.

