

Evolución y actualidad de la responsabilidad civil

POR VALERIA MORENO (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Terminología empleada.- III. Evolución de la responsabilidad civil en Argentina. La transformación de sus elementos. IV. El principio de reparación integral en la Constitución Nacional.- V. El principio de reparación plena en el Código Civil y Comercial.- VI. Las funciones de la responsabilidad civil.- VII. La incorporación de la función preventiva en el Código Civil y Comercial.- VIII. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.- IX. El interés legítimo.- X. El daño extrapatrimonial. La protección de la persona humana.- XI. La responsabilidad colectiva y anónima.- XII. Conclusiones.- XIII. Bibliografía.-

Resumen: a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se han producido cambios significativos en el ámbito de la responsabilidad por daños. Se ha logrado la sistematización de los derechos: los que recaen sobre la persona, sobre el patrimonio, los derechos individuales y los de incidencia colectiva. La responsabilidad individual se distingue de la grupal y anónima. Las funciones de la responsabilidad se amplían con la finalidad de prevenir las consecuencias dañosas; la prevención del daño tiene un tratamiento especial en el nuevo ordenamiento. El sistema legal unifica la reparación en el ámbito contractual y extracontractual pero pueden observarse diferencias que se mantienen en razón de la naturaleza propia de cada ámbito. Asistimos a la inclusión expresa de los factores objetivos de atribución de responsabilidad. En ausencia de normativa, el factor de aplicación es la “culpa”. Se consolida la teoría de la causalidad adecuada y se incluye la previsibilidad en materia contractual. La regla principal en materia de antijuridicidad es que la acción u omisión dañosa es antijurídica, salvo que se pruebe que está justificada. Hay daño resarcible cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento jurídico.

Palabras claves: Responsabilidad civil - daño - antijuridicidad - causalidad - unificación - reparación plena - funciones - responsabilidad colectiva

(*) Prof. Adjunto Derecho Civil II, Cátedra II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP. Prof. Derecho de las Obligaciones, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, UCA.

Evolution and nowadays of Civil Liability

Abstract: *the Civil and Commercial Code has significant changes in the field of liability for damages. The systematization of the rights has been achieved: those that fall on the person, on the patrimony, the individual rights and those of collective incidence. Individual responsibility is distinguished from group and Anonymous. The functions of responsibility are expanded in order to prevent harmful consequences; the prevention of the damage has a special treatment in the new ordering. The legal system unifies reparation in the contractual and extracontractual area, however, it can be observed that differences are maintained because of the nature of each area. We assist in the express inclusion of the objective factors of attribution of responsibility; However, in the absence of regulations, the application factor is "guilt". The theory of causality is consolidated and the predictability in contractual matters is included. The main rule in illegality is that harmful action or omission is Unlegal, unless it is proved to be justified. There is compensable damage when an injury to a right or an interest s is caused that is not contrary to the legal order.*

Keywords: *Civil Liability - torts - damages - prevention - insurance - causality*

I. Introducción

La producción de un daño genera un desequilibrio en el orden social; hay una alteración que debe ser corregida y hacia ese objetivo se dirige la responsabilidad civil, que aparece como una consecuencia jurídica de un daño injustamente causado, orientada al restablecimiento de aquel equilibrio alterado.

No causar un daño a los demás es, quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. Los juristas romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honestamente y el dar a cada uno lo suyo. La responsabilidad se traduce entonces, en la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la víctima. Es la sanción jurídica resarcitoria por la conducta lesiva.

II. Terminología empleada

Para designar el instituto y la materia e individualizar el fenómeno jurídico frente a otros, tradicionalmente se ha utilizado la expresión "responsabilidad civil"; aunque también son empleados otros términos similares como "responsabilidad por daños", "reparación", "daños y perjuicios" o, como suele hacerse en los últimos tiempos, "derecho de daños", todos ellos con diferentes significados y alcances, atendiendo a las concepciones jurídicas que subyacen detrás de cada autor.

Desde una concepción tradicional el concepto de “responsabilidad” presupone una relación entre dos sujetos que se resuelve, en definitiva, en una obligación de reparación. El actual “Derecho de Daños” es un concepto con una mayor amplitud, tiene como propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes. Pero, además, redimensiona el daño con la inclusión de la función preventiva y la reparación de los intereses colectivos.

Dice Ubiría (2015) que el Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv. y Com.) se orienta decididamente hacia la protección integral del ser humano, constituye el eje del sistema. No solamente cumple la tradicional función indemnizatoria, sino que también se orienta hacia la prevención del daño, arriesgado aunque notable ensanchamiento de los márgenes conceptuales de la disciplina. Hay un notable acercamiento de las órbitas del deber de responder (contractual y extracontractual). Se reconocen los derechos individuales y los de incidencia colectiva, otro claro ensanchamiento del sistema en los últimos tiempos.

III. Evolución de la responsabilidad civil en Argentina. La transformación de sus elementos

La evolución de la responsabilidad civil en nuestro país puede observarse a través de sus fundamentos: el paso de una responsabilidad basada en un factor subjetivo (culpa, dolo) a una responsabilidad con un factor de atribución objetivo (riesgo, garantía, equidad). También se han producido transformaciones en el ámbito de la antijuridicidad, la relación causal, y el daño resarcible que se ha orientado hacia una noción de “daño injustamente causado”.

III.1. El factor de atribución de responsabilidad

III.1.1. Antecedentes

Vélez Sarsfield redactó el Código Civil considerando la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil. El eje sobre el que giró el sistema de responsabilidad se hallaba en el artículo 1109 del CCiv. y Com., que tuvo como fuente el artículo 1383 del Código Civil francés.

Nuestro derecho recibió una fuerte influencia de las ideas de los pensadores franceses, entre ellas, cabe destacar la idea de *culpa* y su desarrollo doctrinario. La culpabilidad cumplió un rol clave en el sistema de responsabilidad civil.

La doctrina tradicional de nuestro país no se hizo eco de la corriente positivista de siglo XIX que veía en la *teoría del riesgo creado* la solución integral a los nue-

vos problemas que se suscitaban por la necesidad de acordar indemnizaciones a las víctimas cuando el sistema clásico de la culpa parecía ya insuficiente. Durante mucho tiempo nuestros autores siguieron viendo en la culpa la única justificación de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia demoró en dar cabida a la teoría objetiva del riesgo, y siguiendo las aguas de la jurisprudencia francesa, hizo prevalecer la teoría tradicional. Es en el ámbito de los daños por accidentes con automotores donde tuvo ocasión de pronunciarse conciliando los textos normativos con la necesidad de indemnizar a las víctimas sin alterar el principio de la culpa. Aplicó los criterios de presunción de la culpa al punto de convertirlos en regla.

Como analiza Alterini (1995), la teoría objetiva de la responsabilidad tuvo su incursión legal, con anterioridad a la reforma al Código civil de 1968, a través de su incorporación en varias leyes: la Ley de Accidentes de Trabajo N° 9.688; en el Código Aeronáutico Ley 14.307; en la Ley 17.048 de Responsabilidad por Daños Nucleares; y en la aplicación jurisprudencial como obligación de garantía o seguridad del artículo 184 del Código de Comercio para el contrato de transporte.

La reforma de la ley 17.711 del año 1968 al CCiv. y Com. agregó en la segunda parte del artículo 1113 la *teoría de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado* para los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas. Se incorporó, además, en el artículo 907, la reparación de los daños causados por personas carentes de discernimiento, con fundamento suficiente en la *equidad*; y la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente en el primer apartado del artículo 1113.

III.1.2. El Código Civil y Comercial de la Nación

El Código prevé en forma expresa la “responsabilidad objetiva” en el Libro III de los “Derechos personales”, título V, sección 3ra. “función resarcitoria”, artículo 1723. El *factor de atribución objetivo* se encuentra en el artículo 1722, que dice: “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”.

En la “Responsabilidad por el hecho de terceros” se expresa el fundamento objetivo para la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (artículo 1753), la de los padres, tutores y curadores; por el hecho de los hijos o de las personas que están a su cargo (artículos 1754, 1755 y 1756). En la “Responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas” hace responsables con fundamento objetivo al dueño o guardián (1757, 1758) incluyendo a los dueños de animales

que causan daño (artículo 1759). En los “Supuestos especiales de responsabilidad”, artículos 1763 a 1773, se expresa el carácter objetivo de la responsabilidad para el caso de los establecimientos educativos (artículo 1767); en los accidentes de tránsito (artículo 1769).

También incluye los factores subjetivos de atribución de responsabilidad: en el artículo 1724 menciona a la “culpa” y el “dolo” y define ambos conceptos.

En cuanto al lugar que le confiere al factor subjetivo “culpa”, el artículo 1721 dice en forma expresa “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”. Dice López Herrera (2014) que el código opta por considerar a la culpa como la norma de clausura del sistema o válvula de cierre. Esto quiere decir que los factores objetivos son excepcionales y deben estar creados por ley. Si no se aplica el factor objetivo, sólo habrá responsabilidad si se prueba la culpa. Como ejemplos de responsabilidad con fundamento en la culpa: la de los profesionales liberales (artículo 1768), la intromisión en la vida privada ajena (artículo 1770), la acusación calumniosa (artículo 1771), la de los administradores de las personas jurídicas (artículo 160), el encubrimiento (artículo 1752) entre otros.

III.2. La antijuridicidad

La antijuridicidad receptada en el artículo 1066 del Código Civil Argentino es una concepción basada en una antijuridicidad *formal*, que requiere de una norma legal expresa y específica para haya ilicitud; y *subjetiva*, en tanto solo hay ilicitud si media culpa o dolo.

En su concepción actual, la antijuridicidad es considerada con carácter *material* y *objetivo*.

Es el presupuesto de la responsabilidad que más transformaciones ha sufrido a lo largo de las últimas décadas.

En el siglo XX se erigen dos criterios doctrinarios: aquellos autores que pregonan el abandono de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil y los que consideran que es un requisito necesario pero han reformulado su concepto. En este último sentido, dice Picasso (2013) que es un principio cardinal del ordenamiento jurídico aquel que prohíbe dañar a otro, donde lo antijurídico es todo hecho que daña, salvo que exista una causal de justificación, y sin necesidad de que exista una prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).

Desde la doctrina moderna se reformula el concepto tradicional; se dice que la antijuridicidad está dada por la presencia de un daño ocasionado sin derecho (daño antijurídico). Sucede que la acción que causa el daño hace presumir la antijuridicidad; la de la conducta le comunica al daño una injusticia efectiva. Empero y por regla, la injusticia potencial del daño dejaría de ser tal si la conducta está justificada. Por ello la presunción nacida de la ocurrencia del perjuicio se desvanece si se demuestra que la conducta está autorizada por alguna causal de justificación.

El criterio de *antijuridicidad material* amplía el horizonte y se extiende más allá del concepto de ilegalidad. Antijurídica entonces, es la conducta contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, incluyendo para algunos autores la creación de riesgo con peligro de daño a terceros. También comprende las relaciones contractuales; por lo que el incumplimiento del deudor de la obligación impuesta en la relación contractual es también un presupuesto de actividad antijurídica.

La antijuridicidad se manifiesta por la violación al principio general de *alterum non laedere*, que, al decir de la Corte Suprema de la Nación, dimana de la propia Constitución Nacional.

En la responsabilidad civil y a falta de tipicidad, todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en el ejercicio regular de un derecho o medie una causal de justificación (*cf.* artículos 1716 y 1717).

La antijuridicidad es *objetiva* cuando la disconformidad entre la acción u omisión y el orden jurídico se encuentra divorciada de las características y voluntades de los sujetos. Ni la voluntad, ni el elemento subjetivo de la culpabilidad, ni el daño, son necesarios para que aparezca este tipo de ilicitud.

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, algunos autores sostenían que la ilicitud tenía un carácter subjetivo, pues interpretaban que los artículos 1066 y 1067 exigían la voluntariedad del sujeto que realizaba el accionar. Consideramos con Negri (2017) que la antijuridicidad es un concepto objetivo, pues evalúa la mera contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico, sin entrar en valoraciones subjetivas, es decir, sin importar si la conducta además de contraria a derecho pueda ser calificada de culpable o dolosa.

Las modernas tendencias sostienen que la obligación de reparar el daño causado comprende tanto al derivado de los “actos ilícitos” como de los “actos lícitos”.

La doctrina de avanzada en el Derecho de Daños postula que un acto será antijurídico cuando acarrea la ocurrencia de un daño injusto; de modo que el acto dañoso es antijurídico más allá de que la actividad previa en la cual se origine el

evento dañoso sea lícita. Esta doctrina tiene su origen en el derecho italiano y ha tenido acogida por un sector importante de nuestros autores.

Se concluye que todo daño injusto debe ser reparado, y que el daño en sí mismo está impregnado de ilicitud en el sentido de que es contrario al ordenamiento jurídico todo. Dice Picasso (2013) que adquiere importancia la “ilicitud objetiva” toda vez que el daño sufrido por la víctima se presumirá injusto a menos que exista una “expresa causa de justificación” que autorice el daño. La licitud o ilicitud se inferirán desde la más amplia confrontación con todo el ordenamiento jurídico.

El Código vigente ha receptado los criterios actuales de antijuridicidad. La regla fundamental se encuentra prevista en el artículo 1717: “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Esta norma representa la antijuridicidad material según la cual la simple violación al principio *neminem laedere* implica ilicitud, salvo que la conducta o el perjuicio se encuentren justificados. El Código menciona en el artículo 1718 las siguientes causales de justificación: 1) el ejercicio regular de un derecho; 2) la legítima defensa propia o de terceros; y 3) el estado de necesidad.

Si bien se encuentra unificada la responsabilidad, el Código distingue la antijuridicidad según se trate del deber genérico de no dañar a los demás o el incumplimiento de una obligación (artículos 1716 y 1749).

III.3. La consagración de la teoría de la causalidad adecuada

La teoría de la causa adecuada receptada por la reforma de la ley 17.711 en el artículo 904 del Código Civil derogado, se consolida en el actual artículo 1726 del Código Civil y Comercial.

Esta teoría de la *relación de causalidad* muestra al menos dos finalidades: establecer la autoría material de quien generó el daño y determinar las consecuencias por las que se responde.

En los artículos 1727 y 1728, el Código trata la extensión del resarcimiento en el ámbito extracontractual y contractual. El artículo 1727 dispone: “Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código ‘consecuencias inmediatas’. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman ‘consecuencias mediatas’. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales”.

La norma define, pues, las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales. No se ocupa de las “consecuencias remotas” que mencionaba el Código de Vélez en

el artículo 906 (*t.o.* ley 17.711), según el cual las mismas no son jurídicamente imputables por no guardar nexo adecuado de causalidad con el hecho generador del daño. Se trata de consecuencias tan lejanas en la cadena causal que, pese a su conexión material con el hecho, no son imputables a su autor.

Con respecto a las *consecuencias inmediatas*, se trata de las “máximamente previsibles”, siempre bajo el criterio de la previsibilidad objetiva propia de la relación causal adecuada. Las *mediatas previsibles* suponen la conexión entre un hecho imputable al autor y otro previsible que se vincula con aquel. La clave está en la previsibilidad de ese otro suceso. Por ello, para que una consecuencia mediata sea previsible y por ende imputable, basta que medie una verosímil y genérica posibilidad de previsión, aunque ella sea ajena a la potencialidad subjetiva del agente. Las *consecuencias casuales* son las mediatas que no pueden preverse.

La existencia del nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño llevará a que el autor deba asumir las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles —como regla general— de los hechos o actos voluntarios, salvo disposición legal en contrario (artículos 1726 y 1727).

Afirma Compagnucci de Caso (2015) que no obstante la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el CCiv. y Com. subsisten diferencias que se aprecian, en particular, en la consideración de las consecuencias por las que se responde.

Y ello surge de lo dispuesto en el artículo 1728 que hace referencia a la previsibilidad contractual en particular con otro criterio diferente al empleado en el artículo 1727. El artículo 1728 dice: “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”.

En el ámbito contractual se distingue según el incumplimiento sea culposos o doloso. Cuando se califica a la conducta como “culposa”, el deudor responde por las consecuencias previsibles al tiempo de la celebración o nacimiento del contrato; en tanto cuando existe “dolo” del deudor se extiende su responsabilidad a las consecuencias previsibles al tiempo del incumplimiento contractual. Para determinar si el obrar es culposos o doloso debe estarse a lo normado en el artículo 1724.

III.4. La evolución del daño resarcible. El daño injusto

El progreso de una doctrina del “daño resarcible” ha sido relevante, sobre todo acerca de las tesis que explican su naturaleza. Enseña Orgaz (1960) que, en primer lugar, el daño era concebido como la violación a un derecho subjetivo o bien

jurídico; luego como la lesión a un interés jurídicamente protegido o a un interés legítimo (no reprobado por el orden jurídico); y, finalmente, el daño es entendido como las consecuencias de la lesión a un bien o interés tutelable.

Desde una perspectiva objetiva y como presupuesto de la responsabilidad civil, se define al daño como el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio (es decir, sobre un interés propio y personal). Además, el daño puede producirse respecto de intereses que un grupo de personas o una colectividad comparten (*u.gr.*, los denominados intereses colectivos).

Desde otra concepción, Bueres (2013) habla —indistintamente— de daño resarcible o daño injusto y considera que el mismo requiere de dos recaudos: 1) el concepto —simple— de daño (lesión a un interés eficaz o relevante) y 2) la calificación de injusta. Daño e injusticia actúan en dos planos diferentes, que no deben ser confundidos. La calificación de injusticia no se resume en un mero enunciado, no es una fórmula mágica, sino que debe elaborarse en cada caso concreto según las circunstancias que lo rodeen; esa injusticia es del daño y no del factor de atribución; la calificación de injusticia reclama un juicio valorativo, que no puede prescindir de la situación del dañador y del dañado.

También se considera actualmente, que el daño resarcible es la “lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial, jurídicamente protegido, que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente”.

En la terminología legal, se advierten distintas formas de denominar al daño: perjuicio, pérdida, indemnización de daños e intereses; pérdidas e intereses; gastos; daños y perjuicios. Técnicamente, es correcto aludir al daño, trascendiendo sus peculiaridades, aunque sea menester, en cada supuesto concreto, determinar su contenido.

En virtud de lo expuesto, desde la función resarcitoria y como presupuesto de la responsabilidad civil, el daño es inherente al deber de reparar, sea que se origine por la violación del deber de no dañar a otro o sea por el incumplimiento de una obligación (artículos 1716, 1749 y concs.).

IV. El principio de reparación integral en la Constitución Nacional

El Derecho de Daños se caracteriza, actualmente, por la fuente y el *status* constitucional de sus principios y valores jurídicos (*cfr.* artículos 1 y 2, CCiv. y Com.).

La constitucionalización del derecho privado es un fenómeno que se viene presentando desde hace algún tiempo en los sistemas jurídicos de origen con-

tinental-europeo y romanista, y en los iberoamericanos, debido a la aplicación cada vez más recurrente de cláusulas constitucionales en las relaciones entre los particulares.

En nuestro ordenamiento se ha puesto en evidencia a partir de la reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inc. 22, Const. Nac.), a cuya referencia hace el Código Civil y Comercial —en especial, en cuanto a la interpretación jurídica— (artículos 1 y 2).

En los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial se exponen ciertos aspectos valorativos que lo caracterizan, entre los cuales se incluye la “Constitucionalización del derecho privado”. Sobre el punto se dice: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Lorenzetti destaca que el Código introduce tres cambios paradigmáticos: 1) se protege la esfera de la individualidad personal (íntima y privada); 2) se reconoce un contenido de derechos de la persona antes que el daño moral; y 3) se admite una tutela preventiva y resarcitoria.

Además del principio protectorio de la persona humana, la responsabilidad civil se encuentra regida por un principio basal de la “reparación integral”, cuya rai-gambre constitucional se halla contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al establecer que las acciones privadas de los hombres, en tanto no dañen a terceros, están exentas del juicio de los magistrados. A *contrario sensu* toda acción privada o pública que implique daño a terceros, será sometida a la autoridad de los jueces. En esta cláusula constitucional se fundamenta el principio general de no dañar a otro: *alterum non laedere*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el *alterum non laedere* deriva directamente del artículo 19 de la Constitución Nacional. Tal este

axioma ha sido receptado en tres fallos dictados el día 5 agosto de 1986, recaídos en los autos “Santa Coloma c. Ferrocarriles Argentinos” (Fallos 308:1160), “Gunther c. Estado Nacional” (Fallos 308:1118) y “Luján c. Nación Argentina” (Fallos 308: 1109).

Con posterioridad ha precisado el Máximo Tribunal que tal principio exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito (“Freddy c. Ferrocarriles Argentinos”, del 24/08/1995) y más recientemente ha precisado que “es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades (...) el principio de la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional” (“Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/ accidente”, sent. del 10/08/2017).

Cabe destacar que, tiempo antes, la Corte Suprema había reconocido, en el caso “Aquino Isacio”, la íntima vinculación existente entre el derecho a la reparación integral y *el deber de no dañar a los demás* consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (“Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales”, sent. del 21/09/2004, Fallos 327:3753, LL, 2004-F-95). Vale decir, el Tribunal Superior del país ha participado en el “proceso de constitucionalización” del Derecho de Daños, al sostener en orden a una tarifación irrazonable de la indemnización por accidentes laborales: que “es inconstitucional el artículo 39 inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo que exime de responsabilidad civil al empleador mediante la prestación del artículo 15 inc. 2 de aquella, en cuanto importa un franco retroceso de la reparación integral y es contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana”.

V. El principio de reparación plena en el Código Civil y Comercial

El artículo 1740 del Código Civil y Comercial dice: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión al 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”.

Cabe preguntarse si este régimen de la “reparación plena” es idéntico al de “reparación integral” (constitucional) que ha quedado delimitado por la Corte Suprema en los fallos antes indicados.

La *reparación integral* de base constitucional enfatiza la necesidad de reparar al damnificado todo el daño sufrido, y en restituir su estado al momento previo a la ocurrencia del menoscabo. La reparación integral como el ideal de la *restitutio in integrum* tiene para el derecho moderno una doble importancia: por una parte, se trata de una especie de sol alrededor del cual orbitan los microsistemas reparatorios existentes en el derecho argentino, y al mismo tiempo, constituye una zona de intersección entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Es indudable que toda reparación debe ser plena, pero dicha plenitud está condicionada por cada ordenamiento jurídico en particular.

El principio de *reparación plena* que expresa el Código Civil y Comercial impone a los operadores jurídicos y, en especial, a los jueces, hacer una estimación en el caso concreto, lo más exacta posible de cada tipo de perjuicios, alcanzando de tal modo una aproximación rigurosa, jurídica, que permita determinar la indemnización.

El Código consagra en forma expresa la reparación plena. El artículo 1740 señala que la reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Volver las cosas al estado anterior, implica borrar los efectos nocivos del acto dañoso. No mejora la situación de la víctima, sino que pretende colocarla en la situación concreta en la que se encontraba antes del suceso.

VI. Las funciones de la responsabilidad civil

En principio podría pensarse que la responsabilidad civil tiene funciones bien establecidas y claramente definidas. Sin embargo, ello no es así, sostiene Kemelmajer de Carlucci (2009), ya que la responsabilidad civil, como otras instituciones del derecho, cumple diferentes funciones según las condiciones y exigencias sociales (*v.gr.*, con la Revolución Industrial y el surgimiento de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado). La responsabilidad civil constituye hoy en día un instrumento de regulación social, que educa a no dañar ni ser dañado; impedir comportamientos antisociales; distribuir la carga de los riesgos de la manera más adecuada posible; garantizar los derechos de las personas a su intangibilidad y resarcir los perjuicios injustos que se les infieren.

En general, se critica al legislador por no tener claro, *ab initio*, cuáles son las funciones del derecho de daños. Los artículos doctrinarios no escapan a esta crítica; en este sentido, se dice que los estudios tradicionales de las normas no han

examinado detenidamente las funciones económicas y sociales a las que sirven. La omisión imputada al legislador y al jurista es preocupante porque el estudio de las funciones sirve como eje y norte imprescindible para interpretar las reglas que se ocupan de la responsabilidad, así como determinar su “prelación” (*cf.* artículo 1709), acomodando su sentido al cumplimiento de los propósitos perseguidos por la institución, y como guía para integrar la disciplina cuando encuentra lagunas.

Sin embargo, algunos autores sostienen que la responsabilidad civil no es un instrumento polivalente de la ingeniería social, sino una institución elemental del derecho civil que afronta el daño; tendría, entonces, una sola función. Con visión más apocalíptica se dice que la multiplicidad de funciones provocará la “muerte de la responsabilidad, la crisis, o el ocaso”. Se ha dicho que se anuncia su muerte inminente, pero al mismo tiempo se realizan jornadas para analizar su futuro. Por ello es que desde otro punto de vista se afirma que el problema de la multiplicidad de funciones se debe, esencialmente, a dos factores: la gran plasticidad del instituto, y las nuevas necesidades sociales.

El CCiv. y Com. se ha hecho eco de estas cuestiones y en la primera sección contempla a las: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación” (artículo 1708). Si bien el Congreso de la Nación suprimió la mención de la “sanción pecuniaria disuasiva” en el artículo 1708, así como el texto del artículo referido a las atribuciones del juez en cuanto a su aplicación, lo cierto es que la función punitiva se halla presente en nuestro ordenamiento, tanto en lo que respecta a la facultad judicial de morigerar o dejar sin efecto las condenaciones pecuniarias, prevista en el mismo Código (artículos 1714 y 1715), como la multa civil (daño punitivo) en la Ley de Defensa del Consumidor (artículo 52 bis).

En nuestro sistema jurídico, entonces, se prevé la función preventiva, la disuasiva (o sancionatoria) y la resarcitoria.

El tratamiento de las funciones de la responsabilidad civil —desarrolladas por pocos autores— adquiere entonces una relevancia tal que no puede ser obviada en este trabajo, razón por la cual pasaremos a hacer una breve referencia de las más importantes y su régimen en el ordenamiento jurídico.

VI.1. Función demarcatoria

En cuanto delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o auto-limitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones puedan imponer un grado de responsabilidad.

La aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil extracontractual, dice Llamas Pombo (2013, p. 42), entraña o puede entrañar limitaciones que pueden ir desde abstenerse de llevar a cabo la mencionada actividad a realizarla sólo limitadamente bajo ciertas condiciones, adoptando las precisas medidas de prevención que pueden significar especiales sacrificios.

VI.2. Función resarcitoria o compensatoria

La mayoría de la doctrina nacional y comparada coincide en que la principal función de la responsabilidad civil es restablecer a la víctima en la situación en la que estaba antes de la producción de daño. Desde esta perspectiva la responsabilidad civil es restauradora, reparadora, restitutoria, indemnizatoria, reintegradora, redistributiva, satisfactoria, refaccionaria o equilibrante; todos calificativos que implican la ficción jurídica por la cual se vuelve al estado anterior y se deviene indemne, o sea, sin perjuicio, sin daño. La fórmula ayuda a comprender que se quiere poner a la víctima en una situación equivalente a la que se encontraba antes de la producción del daño.

Se advierte que, si esta es la única función, la responsabilidad civil intervendría siempre *ex post*, es decir, después que el daño ha ocurrido. Cabe señalar que, en numerosos sistemas jurídicos, la finalidad reparadora se tradujo en la voluntad de indemnizar cada vez más; sin embargo, indemnizar más no siempre es indemnizar mejor.

VI.3. Función distributiva

Es la estimación económica del daño, sea *ex ante*, incentivando la contratación de un seguro de responsabilidad civil; o sea *ex post*, forzando mediante la indemnización, la transferencia de recursos del dañador a la víctima.

La función distributiva se asocia con el otro gran fundamento de imputación de responsabilidad civil: la creación lícita de un riesgo legalmente definido, es decir, la responsabilidad objetiva. La concreción del riesgo (el accidente) obliga al agente a internalizar los daños, los costes de los accidentes, que entonces se distribuyen en la comunidad de oferentes y demandantes del producto o actividad peligrosos. Rige aquí un principio de justicia distributiva y no ya conmutativa: la responsabilidad civil funciona como un seguro.

VI.4. Función preventiva

Desde el punto de vista jurídico, implica hacer efectivo el principio básico que prohíbe causar daños *neminem laedere* y desde lo económico tomarse en serio

el valor de la eficiencia. Los defensores de la función preventiva en el marco del derecho de daños afirman que “no se compensa correctamente, si al hacerlo, no se previene”. El Derecho de Daños es un instrumento demasiado caro como para ser simples transferencias de recursos; los accidentes son demasiado numerosos y graves para no intentar disminuirlos por todos los medios.

VI.5. Función sancionatoria

Dirigida a reprochar, reprimir o castigar los comportamientos dañosos que han tenido lugar. La *función punitiva* ha vuelto a abrirse camino entre cierta doctrina, empeñada en resucitar aquellos *punitive damages* del Derecho inglés. En el entendimiento de nuestra jurisprudencia, no resultan procedentes desde que “deriva en ganancias indebidamente percibidas por la demandada, basada en cálculos precarios a partir de cifras antojadizas carentes de respaldo probatorio”.

La tendencia jurisprudencial negatoria sufrió un fuerte vuelco en el Derecho de Consumo con la ley 26.361, artículo 52 bis, según el cual: “Daño Punitivo: Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47 inc. b de esta ley”.

VII. La incorporación de la función preventiva en el Código Civil y Comercial

La función preventiva se encuentra prevista en el Título V del Libro III denominado “Otras fuentes de las Obligaciones”, Capítulo I “Responsabilidad civil”, Sección 2ª del Código Civil y Comercial de la Nación.

A modo de preámbulo, el artículo 1710 enuncia el “deber de prevención del daño” y luego dispone en tres incisos el significado y las connotaciones de tal deber: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

El deber que emerge de la norma se enmarca en el principio de la buena fe. Se trata de un deber jurídico que tiene toda persona sin distinción; comprende a las físicas y a las jurídicas.

En cuanto a los alcances de la norma, en los Fundamentos del Proyecto se expresa: cuando se habla del deber de toda persona “*en cuanto de ella dependa*”, significa que la posibilidad de prevenir se encuentra en su esfera de control. De lo contrario, tal deber se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad. En este sentido, expresamos en el acápite correspondiente a las “limitaciones del deber de prevención” el pensamiento de De Cupis (1975, p. 575), según el cual es necesario evitar que una aplicación estricta del deber de prevención de los daños pueda conducir a una afectación arbitraria de la libertad de las personas.

En cuanto a las diligencias, se deben adoptar las que tomaría una persona que obra de buena fe, es decir, con lealtad y probidad, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo si ya se ha producido. Se reconoce el derecho a reembolso del valor de los gastos en que ha incurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.

El artículo 1711 consagra expresamente la *acción preventiva*, lo que ha llevado a sostener la incorporación de una nueva función en la responsabilidad civil: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Se trata, pues, de una vía legal que debe ser planteada en sede administrativa o jurisdiccional, según sea el caso y las reglamentaciones provinciales, por tratarse de una materia no delegada a la Nación.

Son presupuestos de la acción: la *autoría* de quien omite cumplir con el deber de prevención; la *antijuridicidad*, en tanto hay violación del mentado deber de prevención. Cabe recurrir a los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial para comprender que la antijuridicidad es en el caso, la que emerge de la violación al deber de prevención que establece el artículo 1710; la *relación de causalidad*, porque la amenaza de daño debe ser *previsible* de acuerdo con las disposiciones sobre el tema en el artículo 1726 del Código.

Las acciones preventivas pueden ser no solo de evitación del daño, sino también de impedir que continúe el perjuicio o que se agrave. En su parte final la norma dispone: “A diferencia de la Obligación de resarcir, no es exigible la concurrencia de un factor de atribución de responsabilidad.” La violación al deber de prevención debe ser antijurídica, pero no requiere que sea imputable. La norma se desinteresa de los factores de atribución contemplados en el código: la culpa y

el dolo contenidos en el artículo 1724 y los objetivos (riesgo, garantía, abuso del derecho, entre otros) del artículo 1722. El sistema del Código intenta una solución rápida y efectiva para el fin preventivo, lo que resultaría incompatible con la exigencia de un factor de atribución de responsabilidad.

El artículo 1712 dispone sobre la legitimación: “Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”. La norma es amplia, se trata de juzgar cuando existe un *interés razonable* para pedir judicialmente la cesación de una actividad. Puede tratarse de la *posible víctima del daño aún no acaecido*. Pero también quedan comprendidas las asociaciones de defensa de los intereses de incidencia colectiva. Es el caso de las asociaciones de consumidores y las de defensa del medio ambiente. Comprende, asimismo, la legitimación de aquellos que tienen un *deber de actuar*, como puede ocurrir con el titular del poder de policía en el caso en que necesite del auxilio de la justicia para actuar. Así, por ejemplo, cuando necesite ingresar a un domicilio particular.

Finalmente, el artículo 1713 prevé: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

En los fundamentos del proyecto de Código se explica, respecto de la sentencia de finalidad preventiva, que debe distinguirse entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es la prevención, de aquellos otros en que es provisoria.

El juez está facultado “a pedido de parte o de oficio” a ordenar obligaciones para las partes. Las características de las obligaciones referidas y su carácter provisorio o definitivo dependerán de cada caso concreto. Implica que no necesariamente el juez se ciñe al pedido del legitimado para la acción, sino que evaluará la medida más eficaz dentro de los parámetros que la ley le impone.

La sentencia puede establecer una obligación de dar, de hacer o de no hacer: bien puede disponer el cese de una actividad, o bien la realización de acciones concretas. Así por ejemplo en el caso de la aplicación de la prevención para solicitar el cese de actos discriminatorios, o el cese de la afectación al medio ambiente, o bien, accionar para el otorgamiento de tratamientos o beneficios necesarios para la salud del peticionante.

La normativa prevé el límite a la intervención judicial para lograr en forma eficaz la prevención: *el juez debe ponderar los criterios de menor restricción posible a la libertad ajena*.

VIII. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual

Según los “Fundamentos” expuestos en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, se unificaron los ámbitos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (*cf.* Sección 3ª del Capítulo I, Título V del Libro III). Veamos cuáles son las razones esgrimidas.

En primer lugar, señala que, en materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos.

La Comisión adoptó la tesis intermedia sostenida por Bustamante Alsina (1986) quien postulaba la unificación en torno a los presupuestos comunes de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, el factor de atribución, la relación de causalidad y el daño resarcible. Y basa su decisión, la Comisión reformadora, en el consenso doctrinal.

En segundo lugar, apunta que el texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al ‘deber de cumplir’, recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia *de* las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584.

Señala que sigue el modelo del Proyecto de 1998, como argumento de autoridad (u opinión consolidada) y, por otro, que se aparta en punto a la delimitación del campo de la responsabilidad, circunscripto en el Código a los daños derivados del incumplimiento y no a otros efectos originados por el “deber de cumplir” (*v.gr.*, pacto comisorio, excepción de incumplimiento, etc.).

En tercer lugar, sostiene que la tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica).

La Comisión reconoce que la unificación no se sustenta en la homogeneidad de los ámbitos contractual y extracontractual, porque son distintos y sus diferencias no pueden ser ignoradas en el régimen jurídico a legislarse. Como se ha dicho *supra*, se trata más bien de un tratamiento legal conjunto de ambos regímenes que de una unificación.

Al respecto, se trae a colación uno de los casos paradigmáticos en los que se generaba una injusta desigualdad, el de los daños derivados de la “responsabilidad médica”: la prescripción podía ser de dos o diez años según se tratara de un establecimiento asistencial público o privado; al igual que la reparación era plena en la extracontractual o aquiliana y limitada en la contractual; etc.

Por último, con relación a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación, la Comisión expuso los siguientes fundamentos: “En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren”.

Se ha tomado una decisión “práctica”: la regulación conjunta de los principios y reglas jurídicas relativa a la responsabilidad civil por daños, ya sea que se originen por el incumplimiento de una obligación —cualquiera sea su fuente (contractual o no)— o por la infracción del deber genérico de no dañar (responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual), manteniendo en la parte general de las obligaciones y de los contratos los temas atinentes a los demás aspectos vinculados con el incumplimiento y la ejecución forzada.

IX. El interés legítimo

La moderna doctrina pone el acento en la injusticia del daño, que surge de la percepción de los intereses lesionados y rescata como merecedores de tutela a todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados, muestran que son dignos y respetables aun cuando no están incorporados en las normas en forma expresa. Lo jurídico no se agota en lo legal. Por lo tanto, se protegen todos los intereses estimables positivamente, así sean simples o de hecho, con tal que se perciban como reales y se valoren como dignos. En este sentido se expresa Zavala de González (1994).

A modo de ejemplo, y con relación a los damnificados indirectos que tienen acción en el caso de las consecuencias por daños no patrimoniales derivadas en el fallecimiento o gran incapacidad del damnificado directo, el artículo 1741 incluye a los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible.

X. El daño extrapatrimonial. La protección de la persona humana

En el segundo párrafo el artículo 1738 dice que la indemnización 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 resulten de la interferencia en su proyecto de vida”.

La lesión a los derechos personalísimos (la vida, la libertad, el honor, la integridad, la salud, la imagen, la identidad, la intimidad, etc.) puede dar lugar a un daño extrapatrimonial, pero también patrimonial, como es el caso de la calumnia que daña el buen nombre y también ocasiona la pérdida de clientela a un profesional.

Los derechos personalísimos son inalienables, inajenables, es decir, indisponibles y están fuera del comercio. Cuando los derechos personalísimos son vulnerados, la víctima tiene derecho para reclamar su resarcimiento, cuya compensación tiene contenido patrimonial.

El artículo confiere una amplia protección a la persona humana, porque parte de la concepción de la primacía de la tutela de la persona como valor primordial del orden jurídico. Se trata del tránsito “de la concepción de la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona”, dado que el derecho a la vida, resolvió la Corte nacional, es “el primer derecho de la persona humana preexistente a toda la legislación positiva y resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”; “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. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respeto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. La cuestión resulta notoriamente incidida por la constitucionalización del derecho civil privado patrimonial y de los derechos humanos fundamentales, especialmente después de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, que otorgó jerarquía superior a varios tratados y convenciones (artículo 75, incs. 22, 23 de la Constitución Nacional).

Esta especial protección de la persona no significa conferirle autonomía resarcitoria distinta y adicional de la clasificación bipartita, única admitida por el Código: daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral. La norma sigue la tradición mayoritaria del derecho argentino y el daño es patrimonial y moral, ya que no existen terceras categorías de daños resarcibles en forma autónoma, aunque la independencia conceptual (daño psicológico, daño estético, daño a las personas) tiene utilidad práctica para identificar el objeto de la lesión. Pero a la hora de su cuantificación, el monto se deriva al daño patrimonial y al moral; a uno de ellos o a ambos conjuntamente (caso de la incapacidad permanente que repercute en el patrimonio y en la esfera moral).

Un supuesto novedoso incluido en la norma es el daño a la “interferencia al proyecto de vida”. Expresa Galdós (2015) que este daño surge por la mutilación del plan existente del sujeto, de aquel que conforma su libre, personalísimo, íntimo

y auténtico ser y hacer; y en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la probabilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo.

Este tipo de daño a la “interferencia al proyecto de vida” refleja una problemática propia de los “nuevos daños”, porque surge la necesidad de identificarlo, categorizarlo y cuantificarlo. La emancipación nominal o conceptual que tiene no conduce a una independencia resarcitoria. No se trata de indexar daños o de incrementar desmedidamente las indemnizaciones. Por ello esta clase de daños también puede desenvolverse en los carriles de las dos únicas exteriorizaciones del daño: como patrimonial o moral.

En definitiva, se busca con la indemnización una “justa reparación” del damnificado; la “reparación integral” del daño inmerecido. La cuestión reside en que ningún perjuicio quede satisfecho, y que tampoco exista una superposición de rubros indemnizatorios.

En cuanto a la legitimación activa para el reclamo indemnizatorio del daño extrapatrimonial, alcanza a los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente (artículo 1741, 1er párr.). Es indiscutible la legitimación del damnificado directo del daño. En cuanto a los damnificados indirectos, son legitimados a reclamar *iure proprio* y *no iure hereditatis*, vale decir, en la medida de la repercusión que sufran en forma personal como consecuencia del hecho dañoso.

Se mantiene la legitimación de los ascendientes, descendientes y el cónyuge. Y se agrega la legitimación de las “personas que convivieran con el damnificado directo recibiendo trato familiar ostensible”. Ello incluye a los hermanos, hijos de crianza, pareja conviviente. En este caso hay que precisar las limitaciones que se imponen: debe tratarse de “convivientes al momento del suceso dañoso”. Convivencia implica vida en común, en compañía, y debe existir un trato familiar ostensible. Por lo que quedarían excluidos convivientes ocasionales, compañero de pensión de estudiantes o la empleada doméstica que vive en el hogar.

XI. La responsabilidad colectiva y anónima

La responsabilidad civil es, en principio y por regla general, individual. Ello por cuanto cuando el daño es causado por una persona determinada, o por varias personas individualmente determinadas, o bien cuando es producido por las cosas pertenecientes a uno o varios sujetos también individualmente determinados.

En todas estas situaciones el deber de indemnizar se impone directamente al que causó o a los que causaron el daño, o a quien o quienes deben respon-

der por otro, ya sea como dueños o como guardianes de la cosa que originó el perjuicio.

En la actualidad, sin embargo, se percibe un aumento de eventos dañosos que derivan de actuaciones anónimas que no pueden ser atribuidos a un sujeto particular. Las actividades dañosas de grupos espontáneos u organizados es un problema que enfrenta el derecho contemporáneo. El hombre busca participar de grupos de diversa índole (laboral, religiosa, cultural, social, profesional, etc.). En el ámbito jurídico, los casos en los que se da esta circunstancia son, entre otros, los daños causados por barras bravas de fútbol, equipos médicos, grupos religiosos, grupos de contaminadores, de profesionales de la construcción.

Hay responsabilidad colectiva y anónima, cuando el daño es ocasionado por un sujeto no identificado que pertenece a un grupo determinado. El grupo se encuentra delimitado, pero no se sabe cuál de los miembros causó el daño, de tal modo que la imputación se refiere al grupo.

Frente a la imposibilidad de individualizar al autor del daño, la condena se extenderá a todos los que intervinieron como parte del grupo identificado como tal. Es indispensable probar que el daño provino del grupo pese a no poder puntualizar cuál de sus integrantes fue el agente.

La responsabilidad será colectiva, entonces, no necesariamente por la participación plural de varios sujetos; sino porque una vez acreditado que el conjunto participó en la producción del daño, no es posible identificar a uno de esos sujetos como el autor o los autores. En opinión de autores como Llambías, es precisamente el anonimato lo que define la responsabilidad colectiva.

La doctrina nacional señala que son de aplicación los presupuestos comunes del sistema unitario de responsabilidad civil: *antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad*.

En los artículos 1761 y 1762 del CCiv. y Com. se observa la distinción entre los casos de actuación individual del o los autores anónimos y la actuación grupal de un conjunto peligroso. Las eximentes son diferentes en uno y otro: según el artículo 1761, el sujeto integrante del grupo se exime acreditando que no contribuyó a la producción del daño. En el caso del artículo 1762, el sujeto demandado se exime probando que no integraba el grupo peligroso.

Como observa López Herrera se realiza una distinción importante entre grupos. Trata de forma diferenciada a los grupos que realizan *actividades peligrosas* para terceros, como pueden ser los integrantes de una pandilla, un motín, una sublevación, una turba, una patota. Su responsabilidad es objetiva y agravada.

Las actividades de los grupos peligrosos son “riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización” (cfr. artículo 1757).

El grupo que realiza actividades peligrosas para terceros incurre en responsabilidad objetiva porque es una actividad peligrosa por su naturaleza, como una pandilla; por los medios empleados, como sería el caso de manifestaciones que utilizan bombas de estruendo o armas; o por las circunstancias de su realización, como puede ser el caso de un motín carcelario. No cualquier grupo es riesgoso, sino el que “crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros”. Para que se aplique este artículo se requiere que sean “extraordinariamente” peligrosos. La eximente de responsabilidad es más limitada, ya que solo se libera la persona que prueba que no integraba el grupo.

XII. Conclusiones

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, los cambios que ya se manifestaban en la doctrina y la jurisprudencia nacional quedaron expresados en la normativa.

Asistimos a la “constitucionalización” del principio de la “reparación integral” y sus alcances en el Derecho Privado. Este principio se compatibiliza con la “reparación plena” consagrada en el Código Civil y Comercial de la Nación, que tiene por finalidad la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso.

El sistema de responsabilidad civil se asienta sobre la unicidad del régimen contractual y extracontractual, lo cual no implica homogeneidad, ya que las diferencias subsisten.

La responsabilidad civil ha ensanchado su órbita de aplicación y comprende, además de la tradicional función *resarcitoria* y *compensatoria del daño*, una *función preventiva*, incluyendo la protección de bienes colectivos (medio ambiente, consumidor, etc.) y para algún caso puntual (Defensa del Consumidor) la *función punitiva o sancionatoria*.

El factor de atribución de la responsabilidad con fundamento tradicional en la culpa se completa con la consagración expresa de los fundamentos objetivos de gran importancia actual, entre los que se destacan el *riesgo creado*, la *garantía* y la *equidad*.

Los *daños indemnizables* se amplían hacia una especial protección de la persona, por el menoscabo a la integridad psicofísica y la interferencia a su proyecto de vida.

La legitimación activa se ensancha; además de la protección al *interés legítimo*, y continuando el camino iniciado en la jurisprudencia nacional, se incluye la tutela del *interés simple y serio*, no reprobado por el ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad se manifiesta de manera *material y objetiva*.

De esta forma, el sistema innovador del Código Civil y Comercial incluye la regulación de los derechos que recaen sobre la persona y sobre los bienes; tutela los intereses individuales y colectivos; y se reconocen funciones preventivas en la responsabilidad civil que antes quedaban reservadas sólo para la reparación del daño causado.

XIII. Bibliografía

Acciarri, H. (2003). Funciones del Derecho de Daños y de prevención. *La Ley* Thomson Reuters, t. 2003-A, sección doctrina. Buenos Aires.

Alferillo, P. (2015). *Comentarios en el "Código Civil y Comercial Comentado", tratado exegético*, t. VIII, J. Alterini (Dir.). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y Lopez Cabana R. M. (2008). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Alpa, G. (1999). *Trattato di diritto civil. La responsabilità civile*, tomo IV. Milán: Giuffrè.

Bueres, A. J. (2001). *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bueres, A. J. (2001). La responsabilidad por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. *La Ley*, 2013-A-835 y RCyS, 2013-II-5.

Bustamante Alsina, J. (1986). *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9º ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Calvo Costa, C. A. (2017). *Derecho de las obligaciones*. 3º ed. unificada (Teoría general de la obligación y Derecho de daños). Buenos Aires: Hammurabi Depalma editor.

Coderch, S. y Castiñeira, P. (1997). *Prevenir y Castigar*. Madrid: Marcial Pons.

Compagnucci De Caso, R. H. (2015). La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el Código Civil y Comercial. *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*. Buenos Aires: La Ley.

De Ángel Yaguez, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.

De Cupis, A. (1975). *El daño, teoría de la responsabilidad civil*. Trad. 2º. ed. de Martínez Sarrión. Barcelona: editorial Bosch.

Diez Picazo, L. (1991). *Derecho de Daños*. Madrid: editorial Civitas.

Galdós, J. M. (2015). Comentario al artículo 1708. En R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VIII, pp. 274-276. Santa Fé: Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer De Carlucci, A. (2001). Funciones y fines de la responsabilidad civil. AAVV, Homenaje a los congresos de derecho civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969), T. III. Derecho de Daños; Los dilemas de la responsabilidad Civil. *Rev. Chilena de derecho*, Sección estudios, Vol. 28 N° 4, pp. 671-679.

Kemelmajer De Carlucci, A. (2013). Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. *Revista Jurídica UCES*, pp. 7-37. Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

Llambias, J. (2007). *Tratado. Obligaciones*. Tomo IV-B. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

López Herrera E. (2006). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

López Herrera E. (2014). Comentarios a los arts. 1708 a 1716. En J. C. Rivera y G. Medina (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo. IV, p. 987. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

López Olaciregui, J. M. (1999). Esencia y funciones de la responsabilidad civil. *RDCo*, Tomo 2, p. 941.

López Olaciregui, J. M. (2007). El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad. *RCyS*, año IX, p. 111;

Llamas Pombo, E. (2013). Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños. *Revista de responsabilidad y Seguro*, Sección doctrina, pp. 35-51.

Mayo, J. A. y Prevot, J. M. (2010). En búsqueda de una noción coherente de responsabilidad civil. En *RCyS*, Tomo XII, p. 42.

Mazeaud, H. y Léon y Tunc, A. (1961). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, traducción Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: editorial Ejea.

Moreno, V. (2016). La responsabilidad colectiva. En *Revista del Colegio de abogados de La Plata*, ed. especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires.

Moreno, V. (2017). La prevención en el derecho de daños. *Revista El Derecho*, 5 de abril. Buenos Aires: Univ. Católica Argentina.

Negri, N. J. (2017). *Responsabilidad civil contractual parte general*. Buenos Aires: Astrea.

Orgaz, A. (1960). *El daño resarcible*. 2° ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba.

Ossola, F. A. (2016). Obligaciones y Derecho de Daños. En Rivera y Medina (dir.), *Derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Picasso, S. (2013). La antijuridicidad en el Proyecto del Código. *La Ley*, 2013-E-666. Buenos Aires.

Picasso, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *RCyS*, IV, 5.

Rivera, J. C. (1994). El Derecho Privado Constitucional. *RDPyC*, N° 7, pp. 27 y ss.

Pizarro-Vallespinos (2017). *Tratado de Obligaciones*, T. I, II, III, IV. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Trigo Represas, F. (1981). *Temas de Responsabilidad civil*, en honor a M. A. Morllo. Buenos Aires: editorial L.E.P.

Ubiria, F. (2015). *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Santos Briz, J. (1991). *Derecho de daños*, Tomo, 1991-II, p 1971 y ss. Madrid: Revista de derecho privado.

Zavala De González, M. (1999). *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

Fecha de recepción: 26-03-2018 Fecha de aceptación: 21-06-2018