

Criterios de atribución de responsabilidad civil. Razones de su evolución desde Vélez Sarsfield hasta el Código Civil y Comercial(*)(), Por Ubiría, Fernando Alfredo - El Derecho, [277] - (07/05/2018, nro 14.400)**

1

Consideraciones de aproximación

La atribución de responsabilidad no es antojadiza o arbitraria, tampoco responde a la mera discrecionalidad del juez; se basa en motivos válidos, eficaces y suficientes, y sobre ellos se construye la propia identidad del sistema.

El criterio de imputación constituye el elemento axiológico en cuya virtud se le adjudican a determinada persona consecuencias dañosas. Permite contestar la pregunta "¿por qué debe responder?": por haber causado daños con culpa, porque los daños derivan de la creación de un riesgo, etc.

Es el "enlace o conductor de justicia" entre el antecedente (acción u omisión) y el consecuente (resultado dañoso), y se manifiesta en un plano valorativo, pues se enmarca en lo que "en justicia corresponde". Como enseñara Bustamante Alsina, en este aspecto la noción de responsabilidad es netamente jurídica, pues se trata de los "fundamentos", y varían al compás de las circunstancias del medio social que inspiran la política legislativa de cada país en una determinada época(1).

El Código Civil y Comercial –al igual que nutrida doctrina– los llama "factores" de atribución (arts. 1721, 1722 y 1724), denominación que estimamos lingüísticamente más apegada a las ciencias "duras", como la física, la biología, la genética, las matemáticas. Por ello preferimos utilizar el término "criterios" que denota, revela o anticipa la elaboración de un juicio de valor, un raciocinio que justifica o fundamenta la atribución o imputación, y resulta, así, más representativo de la función que cumplen en nuestra disciplina como presupuesto o requisito de operatividad del mecanismo legal.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "imputar" significa "atribuir a alguien responsabilidad de un hecho reprobable", pero jurídicamente se impone distinguir dos planos: 1) el estrictamente causal que sirve para identificar al autor del daño y delimitar las consecuencias reparables (que no es objeto de estudio en este trabajo); y 2) el correspondiente a los criterios de atribución, que brinda la razón por la que se debe responder, que aquí nos ocupa.

Como se advierte, desde el punto de vista ontológico, se verifica una clara distinción entre las nociones de causalidad y de culpabilidad: esta responde a la idea de un quid subjetivo; aquella, en cambio, es tributaria de un fenómeno rigurosamente objetivo, "mecánico" si se quiere. Son distintas maneras de establecer una relación entre dos fenómenos, pero mientras que la causalidad se refiere a la simple imputación "física", la culpabilidad lo hace a la imputación de naturaleza "valorativa" que fundamenta el reproche.

2

Evolución

Este año se cumple exactamente medio siglo de la reforma al Código de Vélez por la ley 17.711 que procuró superar el modelo de corte individualista que se enmarcaba en los estrechos márgenes de un derecho privado "mínimo", y estructuró un mejor diseño, coinspirado en principios sociales, elevado propósito alcanzado de manera muy parcial.

La adscripción subjetiva u objetiva del sistema de responsabilidad civil, las fortalezas y debilidades de uno y otro, fueron expuestas largamente, al ser uno de los tópicos que mayor interés y polémica despertó entre los juristas, y es entendible, ya que, en definitiva, constituye su fundamento iusfilosófico, revela su justicia intrínseca, encarna cierta cosmovisión.

En esta puja, finalmente, se superó aquella concepción preocupada en demasía por valorar la conducta/inconducta del deudor desde la reprochabilidad por tratarse de una concepción preñada de un claro propósito sancionador (simétricamente, lo propio viene sucediendo con la claudicante antijuridicidad).

El argumento de la culpa es sin duda fuerte y noble, de ella quizá subyace la contemplación y crítica más profunda que pueda practicarse sobre el comportamiento humano individualmente considerado, pero se ha mostrado ineficaz para edificar y contener por sí sola la ingeniería de la disciplina, para responder con suficiencia a una realidad tan compleja, variopinta y cambiante(2).

Sin perjuicio de que la regla según la cual "quien causa un daño por su culpa debe repararlo" siempre ha sido y aún es justa y necesaria, también se mostró insuficiente, y el atropello de la realidad —que nada le pregunta al jurista acerca de su parecer— desbordó el estrecho marco de los criterios subjetivos y forzó un "ensanchamiento" hacia los fundamentos de corte objetivos.

El tradicional sistema decimonónico que campeó a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX debió completarse y vigorizarse con la noción más moderna, eficiente y práctica del riesgo creado. Era imperioso asignarle protagonismo, lo que, en primer lugar, se produjo a través de la reforma de la ley 17.711 al art. 1113, párr. 2º, sup. 2º, del cód. civil, norma que se transformó en el epicentro de solución de numerosas pretensiones indemnizatorias.

Consideramos que ello, lejos de distorsionar o desquiciar al sistema hasta convertirlo en una "física de las acciones humanas" (en recordada frase del maestro Llambías)(3), lo modernizó, pues lo adecuó a las nuevas circunstancias de la vida(4).

La culpabilidad como fundamento nuclear del sistema se ha licuado, lo que se evidencia también a través del alejamiento del Código Civil y Comercial de las categorías "delito" y "cuasidelito" (fenómeno también tributario de la señalada crisis de la antijuridicidad), todo lo cual, en definitiva, se enmarca en el fuerte proceso de desintoxicación del derecho de daños respecto del derecho penal(5).

En suma, las viejas estructuras del Código Civil resultaban insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes (Fundamentos del Proyecto de 1998), pues no lograban adecuarse al paradigma vigente que coloca al hombre como núcleo y pivote.

Complejidad de la incardinación

Está claro que la determinación del criterio aplicable, su incardinación en cada uno de los múltiples y heterogéneos diferentes supuestos dañosos, es un problema valorativo, un quehacer intelectual, y, en primer lugar, lo realiza el legislador al sancionar las leyes y plasmar el derecho normativo. El legislador "contempla" la realidad de la sociedad en la que vive y, en conocimiento de la dañosidad de su momento histórico, consagra un sistema normativo de responsabilidad que será idóneo si resulta justo y eficiente, si sirve, alentando, a la par, el progreso y el bien común(6).

Dicha tarea exige discriminar situaciones, analizar las múltiples variables comprometidas, discernir qué criterio resulta justo en cada caso, cuándo corresponde mayor severidad y cuándo menos. Un ejemplo elocuente de la evolución sistémica operada está dado por la responsabilidad del principal por los hechos dañosos de sus dependientes(7).

Desde este plano, las razones para imputar responsabilidad se encuentran ligadas a profundas concepciones socioculturales, políticas y económicas, y así se entiende por qué el torbellino del siglo XX provocó la mutación de ciertas estructuras del sistema de responsabilidad civil que se transformó, gradualmente, en el actual "derecho de daños", mas allá de la denominación codificada(8).

"Superada" dicha etapa, decidida la aplicación de uno u otro criterio en los distintos casos (discernida mayormente por el propio legislador, según surge de numerosos artículos del nuevo Código), su aplicación al caso concreto y específico constituye estrictamente una herramienta o tecnicismo de validación de la imputación(9).

Los esquemas objetivos fueron ganando progresivamente mayor terreno, lo que se explica en el hecho de que permiten una mirada más realista del mundo, y eso, finalmente, se plasmó en el nuevo Código de manera rotunda.

En efecto, de manera coherente y disciplinada, el Código contempla los criterios de atribución, en términos generales, en los arts. 1721/1725, normas que brindan útiles precisiones conceptuales y valorativas de las conductas.

Dentro de dicho tandem, se destaca la previsión normada en el art. 1723 del cód. civil y comercial, que establece: "Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva". Se le suma el art. 775, según el cual "el obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida", y, junto con lo dispuesto por el art. 774, importan la normativización de la útil clasificación que distingue a las obligaciones según sean de "medios" o de "resultado"(10).

Una novedad saliente es que el nuevo Código –a diferencia del anterior– determina la aplicabilidad de un criterio u otro (incardina) en numerosas normas que integran el capítulo sobre responsabilidad civil.

De manera expresa y terminante surge de las siguientes normas:

- art. 1750 (actos involuntarios): criterio objetivo (fundamento en la equidad);

- art. 1753 (principal por dependiente): objetivo (riesgo creado);

- art. 1755 (padres por hijos): objetivo (riesgo creado-garantía);

- art. 1757 (hecho de las cosas y actividades riesgosas): objetivo (riesgo creado);

- art. 1759 (animales): objetivo (riesgo creado);

- art. 1767 (establecimientos educativos): hiperobjetivo (riesgo creado-garantía);

- art. 1768 (profesionales): subjetivo (culpa o dolo) u objetivo (seguridad);

- art. 1769 (accidentes de tránsito): objetivo (riesgo creado);

- art. 1771 (acusación calumniosa): subjetivo (dolo o culpa grave);

Asimismo, de forma tácita, también se desprende de importantes normas:

- art. 1710 (deber legal de prevención del daño): subjetivo (culpa-dolo);

- art. 1718, inc. b), párr. 2º (tercero no agresor en la legítima defensa): objetivo (equidad);

- art. 1718, inc. c) in fine (damnificado en caso de estado de necesidad): objetivo (equidad);

- art. 1719, párr. 2º (acto de abnegación y altruismo): objetivo (equidad);

- art. 1749 (acto voluntario): subjetivo (culpa-dolo) u objetivo (riesgo creado - seguridad - abuso del derecho);

- art. 1756 (delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, tutores y curadores): subjetivo (culpa leve presumida); (establecimientos que tienen a cargo personas internadas): subjetivo sin presunción de culpabilidad;

- art. 1763 (personas jurídicas): objetivo (riesgo creado);

- art. 1770 (invasión a la intimidad): objetivo (abuso del derecho).

Como se advierte sin hesitación, el punteo efectuado es revelador de la fuerte adscripción del nuevo régimen codificado a los fundamentos de corte objetivo.

Sin perjuicio de observar que tal metodología graba sobre piedra (endurece) determinada solución legal (fenómeno llamado de "cristalización"), lo cierto es que, a la par, contribuye a reforzar la seguridad jurídica, ya que alienta las interpretaciones comunes por parte de los operadores jurídicos, la construcción de jurisprudencia con criterios uniformes, incluso alienta la autocomposición de los diferendos, a través de la celebración de acuerdos extrajudiciales, con evidente beneficio general. En suma, se gana en previsibilidad.

5

Interrelación (inexistencia de "tensión")

Los criterios objetivos se caracterizan por fundar la imputación sobre parámetros materiales y

prácticos, es decir, más ligados a la causalidad fáctica que es propia de las ciencias naturales, y han pasado con éxito por el tamiz ponderativo del jurista (lo justo). Como observan Mosset Iturraspe y Piedecabras, los nutre un elemento positivo y axiológico que los justifica y determina su procedencia, permiten contestar con solvencia la pregunta ¿por qué se debe responder?(11).

El Código Civil y Comercial establece que "el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad" (art. 1722), por lo que –al igual que buena parte de la doctrina– lo conceptualiza de manera "negativa", por oposición a la culpa. El confronto o comparación con los criterios subjetivos resulta útil, pues aquí no se ingresa al campo volitivo que es propio del discernimiento como operación del intelecto, no se incursiona en la esfera o radio dominada por la voluntad del sujeto.

Pero los criterios objetivos no tienen fundamentos más "ligeros", eso es una percepción equivocada, fruto de un análisis superficial; en todo caso fluyen o se revelan de la misma mecánica causal, las razones de su existencia son igualmente profundas.

Se prescinde de la pesada y fatigosa maquinaria de lo volitivo y se recurre al contundente sustento que proporciona el basamento causal, únicamente en los supuestos en que resulta justo subrayar la materialidad de los hechos, derivar de ella misma las consecuencias jurídicas para el agente que la aporta (y también –eventualmente– para quien se proyecte responsabilidad). En numerosos e importantes supuestos, esta "captación" resulta suficiente para que nazca el deber indemnizatorio, y así se logra colocar, en el centro de la escena, a la víctima.

Parece haber consenso en que todos los criterios de imputación –subjetivos y objetivos– tienen igual jerarquía cualitativa, pero es claro que estos últimos tienen mayor importancia cuantitativa.

Consideramos criticable la aplicación "residual" de la culpa regulada en el art. 1721 in fine, que, además, se ve diezmada debido a que, tal como se enumerara en el anterior acápite, el Código Civil y Comercial identifica y parcela (segmenta) las distintas modalidades dañosas más frecuentes, y determina el criterio de imputación aplicable, que mayormente es objetivo; en todo caso, específicamente en lo tocante con las acciones de regreso entre los distintos responsables solidarios o concurrentes, la culpa cumple un rol como "cláusula de cierre"(12).

Más allá de su notable diferencia conceptual, la culpa y el riesgo no deben ser presentados como fundamentos antagónicos o contrapuestos.

Como no se trata de imponer una sanción al responsable, producido el daño, corresponde resarcirlo si la imputación encuentra un fundamento justo, y ambos tipos de criterios se orientan en la misma dirección: brindar adecuadas razones para poder atribuir jurídicamente un daño injusto (o no justificado) a un sujeto, tarea en la que operan de manera absolutamente "coordinada", pues se necesitan mutuamente para alcanzar la completitud del sistema.

En efecto, ambos criterios permiten construir, en la complejidad del mundo contemporáneo, un adecuado sistema de imputación que no puede regirse bajo un único modelo, sea subjetivo u objetivo. La realidad de los hechos no se presenta esquemática y uniforme, exige una complementación que logre acaparar la heterogeneidad dañosa.

La culpa no ha sido ni nunca será desterrada del sistema, conserva importantes áreas de aplicación, como, por ejemplo, las obligaciones de medios del art. 774, inc. a), del cód. civil y comercial y los supuestos dañosos que en los márgenes del alterum non laedere involucren la responsabilidad del sujeto por hecho propio, que en el novel régimen codificado se regulan bajo el rótulo "responsabilidad directa" por acto voluntario del art. 1749 del cód. civil y comercial (que puede tener sustento subjetivo u objetivo, en este último caso, con basamento en el riesgo creado, la seguridad o el abuso del derecho).

Además, incluso dentro de casos que se enmarquen en criterios objetivos, la culpa juega un papel relevante, pues por su intermedio se alcanza el delicado equilibrio de los intereses en juego y resulta un imprescindible "contrapeso":

- el propio damnificado o un tercero por quien no se debe responder pueden interferir culposamente en la producción de los daños, fracturando de manera parcial o total el nexo de causalidad (a tenor de los arts. 1729 y 1731 del cód. civil y comercial alcanza su mero "hecho")(13);

- en el relevante campo de las ulteriores acciones de regreso, la culpa constituye el fundamento que determina quién afrontará, en definitiva, las consecuencias patrimoniales del pago de la indemnización. Con este alcance, efectivamente constituye la válvula de cierre del sistema (art. 1721 in fine, cód. civil y comercial).

El papel que cumple el seguro

de responsabilidad civil

Un sector de la doctrina, apegado a nociones tradicionales, empapado de la fuerte y noble –pero añeja– impronta velezana, considera que se ha magnificado la importancia de los criterios objetivos de imputación (fundamentalmente del riesgo), lo que desvirtúa los criterios de naturaleza subjetiva, en perjuicio de la armonía o balance del sistema(14).

Debe comprenderse en su entera dimensión que los criterios objetivos tienen un hondo contenido "solidarista", ya que benefician a las víctimas de daños injustos o no justificados, por ejemplo, al presumir la responsabilidad del dueño y del guardián de la cosa, por cuyo riesgo o vicio se causó el daño y que solo puede ser destruida a través de la demostración del casus, dinámica que –en lo sustancial– se repite en materia de daños ocasionados en actividades riesgosas o peligrosas, por los dependientes que proyectan inexcusable responsabilidad al principal, y otros tantos especialmente relevantes desde el plano práctico.

Otra observación, también desde la praxis, revela que, frecuentemente, la demostración de la culpa del agente causante del daño es harto difícil y termina por frustrar la acción indemnizatoria, lo que beneficia al causante del perjuicio, con una impronta conservadora que denuncia Ricardo Lorenzetti en luminosa obra(15). Entre el causante inculpable del daño –pero autor material de los hechos– y la víctima, hace mucho tiempo ya que no se comprende la razón de optar por el primero.

Ahora bien, para que la disciplina se desarrolle en grado sumo, el seguro de responsabilidad civil cumple un papel clave, absolutamente central, extremo que no puede obviarse como tópico de cierre del presente trabajo.

En efecto, sabido es que –tal como denuncian –entre otros– Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, si bien cuando se trata de determinar la responsabilidad del autor jurídico del daño, en teoría, es

indiferente la existencia de un seguro, lo cierto es que frecuentemente se lo tiene muy en cuenta para admitir demandas sin adecuado o suficiente sustento probatorio; es decir, la solución puede variar si existe un seguro de responsabilidad solvente, ante la duda, en una labor mecánica y rutinaria, no temblará el pulso del juez para dictar sentencia condenatoria(16).

En la práctica, pues, cumple un rol determinante, así está concebido el sistema para que "funcione", acomodándose fundamentalmente a las variables macro de la economía, relevante y compleja temática esta que desborda largamente el objeto de este trabajo.

Como razona Lewis, en Gran Bretaña, la mayoría de los demandados son personas físicas, y se encuentran asegurados, de allí que, en definitiva, los verdaderos demandados resultan ser las compañías aseguradoras(17), situación que se verifica también en nuestro país. Si existe el seguro, la figura del responsable tiende a desvanecerse, a diluirse(18).

Pero el hecho de que la mayor parte de las víctimas sean asegurados sociales no hace desaparecer el problema "por arte de magia", sino que simplemente lo desplaza. No existe seguro de toda la responsabilidad en que puede incurrir una persona; es tan amplio el campo de las actividades que puede desplegar el ser humano (causando en ellas perjuicios a otros) que no hay posibilidad técnica de calcular la prima que el asegurado tendría que abonar para hallarse a cubierto de todas sus responsabilidades(18).

Nadie duda de que la eficacia del sistema de responsabilidad civil –mejor aún, derecho de daños– exige solventes mecanismos de seguro.

Es aguda la reflexión de Messina de Estrella Gutiérrez cuando sostiene que el número total de los accidentes que existen es el producto de una decisión más o menos explícita o consciente de la propia sociedad; en la forma y en el método en esa cifra están implicadas consideraciones económicas y valores morales. Esta postura es asumida especialmente por la llamada "escuela o teoría del análisis económico de la responsabilidad civil" (Posner, Calabresi), y para ello se ha ideado un método efectivo como es el seguro(19).

En general, lo único que pretende la víctima es el resarcimiento de sus perjuicios. No le interesa otra cosa. Al menos desde su óptica –pretensión fáctica y jurídica–, resulta intrascendente que la reparación de los daños provenga del autor, de un seguro de este o hasta de un seguro de aquel mismo. Para la víctima, el sistema ideal de resarcimiento es el que le permite una rápida

recomposición de sus intereses, sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio(20).

En el mundo capitalista de estos tiempos, el seguro está llamado a responder y "cuadra" mejor debido a la proliferación de actividades riesgosas que requieren de una contemplación jurídica ágil de base objetiva, y que, eventualmente, puede ser obligatorio (ej., automotores).

Son filosas las críticas que formularán juristas marxistas al explicar su rechazo a la doctrina del riesgo. Consideran que, lejos de constituir una herramienta de realización de justicia distributiva, es un mero eslabón del nefasto capitalismo moderno, pues el costo de las indemnizaciones, en definitiva, termina pesando sobre la colectividad en su conjunto, ya que se traslada a los precios de los productos y serviciosâ€¦

No hay duda de que, en un contexto político económico en el que se agiganta la relevancia del "mercado", el sistema de imputación objetivo y el sistema asegurador se desarrollan simétricamente, avanzan juntos como lo hacen el cuerpo y su sombra. El sistema del riesgo se amolda mejor a las grandes empresas, que poseen un amplio dominio del mercado, que pueden calcular bien sus costos y están en condiciones de contratar seguros; por el contrario, es complicada la situación de las pequeñas y medianas empresas que no pueden hacerlo, que pierden competitividad si trasladan su costo a los precios, y, por tanto, terminan desplazadas(21).

En suma, la responsabilidad por riesgo y el seguro son instrumentos idóneos para privilegiar conceptos solidaristas, y, en un mundo donde se profundizan cada vez más las inequidades sociales, en el que los embates económicos-financieros están a la orden del día, este es el modelo vigente, el que tiende a ensancharse, y el que ha adoptado el novel Código Civil y Comercial de la Nación.

Por lo demás, a nadie escapa que el aumento de las indemnizaciones a pagar, en cuanto a su número y cuantía, ha ido provocando la crisis de las compañías aseguradoras, tanto en el orden nacional como internacional, y –siguiendo al maestro Jorge Mosset Iturraspe– esto tiene lugar por distintas razones: por lo pronto, los que deberían asegurarse, muchas veces, no lo hacen; las compañías cuidan con celo la estructura financiera de sus balances, no en función de la finalidad para la que fueron creadas y por el decisivo rol social que son llamadas a cumplir, sino con la mira puesta exclusivamente en sus beneficios empresariales; en el proceso, la mayoría se esfuerza en excusar su responsabilidad desplegando todo tipo de defensas inconducentes; como si todo esto fuera poco, por la deficiente –cuando no fraudulenta– administración a las que son sometidas, etc.(22).

Desgraciadamente, si las compañías aseguradoras dilatan, muchas veces de manera injustificada, los pagos, si concursan, si quiebran, etc., no cumplen con la importante función social que están llamadas a cumplir, y queda en evidencia la inutilidad del sistema que desprotege a numerosas víctimas.

Cabe entonces denunciar que falla el control estatal, en esta materia, por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación, por ser el organismo descentralizado que tiene como función proteger los derechos de los asegurados, mediante la supervisión y regulación del mercado asegurador para un desarrollo sólido con esquemas de controles transparentes y eficaces.

La generación de mecanismos preventivos es el próximo gran desafío, y, en esta tarea, todos los operadores jurídicos, cada uno en el ámbito en que se desempeñe, están llamados a asumir un rol protagónico.

7

Consideraciones conclusivas

a) Lo concerniente a la adscripción subjetivista u objetivista de un sistema hace a su basamento iusfilosófico, revela su justicia intrínseca, encarna cierta cosmovisión.

b) El Código Civil y Comercial –al igual que nutrida doctrina– los llama "factores" de atribución (arts. 1721, 1722 y 1724), denominación que estimamos lingüísticamente más apegada a las ciencias "duras", como la física, la biología, la genética, las matemáticas.

Es preferible utilizar el término "criterio" de atribución o de imputación, pues denota, revela o anticipa la elaboración de un juicio de valor, un raciocinio que justifica o fundamenta una decisión, por lo que resulta más representativo de la función que cumple en nuestra disciplina como presupuesto o requisito de operatividad del mecanismo jurídico.

c) "Superada" (decidida) la aplicación de uno u otro criterio en los distintos casos (que mayormente discierne el propio legislador, según surge de numerosos artículos del nuevo Código), su aplicación al caso concreto y específico constituye estrictamente una herramienta o tecnicismo de validación de la imputación.

d) Se ha dejado atrás la concepción preocupada en demasía por valorar la conducta/inconducta del deudor, desde la reprochabilidad como fundamento para imputar responsabilidad, por tratarse de una concepción preñada de un claro propósito sancionador.

e) La culpabilidad como fundamento nuclear del sistema se ha licuado, lo que se evidencia también a través de la eliminación de las categorías legales "delito" y "cuasidelito", fenómeno que se enmarca en el fuerte proceso desintoxicatorio de la disciplina respecto del derecho penal.

f) Todos los criterios de imputación –subjetivos y objetivos– tienen igual jerarquía cualitativa, aunque estos últimos tienen mayor importancia cuantitativa.

g) El recorrido por las normas codificadas revela la fuerte adscripción del nuevo régimen codificado a los fundamentos de corte objetivo. Esta metodología es observable por grabar sobre piedra (endurecer) determinada solución legal (fenómeno de la "cristalización"), pero, a la par, contribuye a reforzar la seguridad jurídica, ya que alienta las interpretaciones comunes, la construcción de jurisprudencia con criterios uniformes, alienta la autocomposición de los diferendos, con evidente beneficio general. Se gana en previsibilidad.

h) Los criterios objetivos no tienen fundamentos más "ligeros", sino que en todo caso fluyen o se revelan de la misma mecánica causal, pero las razones de su existencia son igualmente profundas.

i) Como no se trata de imponer una sanción al responsable, producido el daño, corresponde resarcirlo si la imputación encuentra un fundamento justo, y ambos tipos de criterios se orientan en la misma dirección: brindar adecuadas razones para poder atribuir jurídicamente un daño injusto o no justificado. En esta tarea, operan de manera absolutamente "coordinada", pues se necesitan mutuamente para lograr la completitud del sistema.

j) La culpa no ha sido ni será desterrada del sistema, conserva importantes áreas de aplicación, como las obligaciones de medios (art. 774, inc. a]) y los supuestos dañosos que, en los márgenes del alterum non laedere, involucren responsabilidad por hecho propio, que en el novel régimen codificado se regula bajo el rótulo "responsabilidad directa" por acto voluntario (art. 1749).

k) Muy frecuentemente, los demandados se encuentran asegurados, de allí que, en definitiva, los verdaderos demandados resultan ser las compañías aseguradoras.

l) En un mundo capitalista y en países industrializados, el mecanismo solidarista del seguro está llamado a responder ante la proliferación de actividades riesgosas que requieren de una contemplación jurídica ágil (objetiva), por lo que es imprescindible un mercado asegurador solvente.

m) Si las compañías aseguradoras dilatan, muchas veces de manera injustificada, los pagos, si concursan, si quiebran, etc., no cumplen con la importante función social que están llamadas a cumplir, y el sistema no sirve –es injusto–, pues desprotege a numerosas víctimas.

n) Cabe aquí denunciar que falla el control estatal, el que se espera de la Superintendencia de Seguros de la Nación, organismo descentralizado que tiene como función proteger los derechos de los asegurados, mediante la supervisión y regulación del mercado asegurador para un desarrollo sólido con esquemas de controles transparentes y eficaces.

ñ) La generación de mecanismos preventivos es el próximo gran desafío, y en esta tarea todos los operadores jurídicos, cada uno en el ámbito en que se desempeñe, están llamados a asumir un rol protagónico.

VOCES: DERECHO CIVIL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DAÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - CULPA - SEGUROS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Sistema de factor de atribución en el Código Civil y Comercial, por Carlos A. Ghersi, ED, 267-878; Los supuestos expresamente contemplados en el nuevo Código que eximen –total o parcialmente– la atribución de la responsabilidad, por Juan Francisco González Freire, ED, 274-813; Apuntes en torno a las medidas mitigadoras en el Código Civil y Comercial argentino, con especial atención a la responsabilidad civil por incumplimiento contractual, por Daniel L. Ugarte Mostajo, ED, 275-504; La responsabilidad civil por el hecho de terceros (principal por el hecho del dependiente, progenitores por el hecho de los hijos, de los establecimientos educativos, tutores y curadores), por Juan Francisco González Freire, ED, 275-672; El instituto de la "prescripción" en materia de responsabilidad civil. Cómputo del plazo y normas aplicables en función del nuevo Código, por Juan Francisco González Freire, ED, diario n° 14.367 del 14-3-18; La responsabilidad civil legalmente presumida por fallecimiento, lesiones o incapacidad sobreviniente (conforme arts. 1745 y 1746 del Código vigente), por Juan Francisco González Freire, ED, diario n° 14.384 del 11-4-18. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

()** El autor es Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor titular ordinario de Teoría General de las Obligaciones y Derecho de Daños, en la Facultad de Derecho UCA. Profesor titular de las mismas asignaturas en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, y de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

(1) Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª ed., AbeledoPerrot, N° 732, pág. 323.

(2) En el Código de Vélez, los criterios de imputación se encontraban "desparramados", a través del articulado, en metodología criticable. Entre otras normas, cabe citar al concepto de culpa plasmado en el art. 512, el principio de imputación culposa por hecho propio, en el art. 1109, el dolo en cuanto elemento del delito civil, en el art. 1072, y la figura del riesgo creado –introducida por la ley 17.711– aplicable en materia de daños por las cosas en el art. 1113, párr. 2º, supuesto 2º. Ha sido ardua la tarea de la doctrina en interpretarlos y ordenarlos a los fines de permitir una mejor lectura y aplicación por parte de la jurisprudencia (sobre esta temática que tanto se ha escrito, resulta interesante el estudio elaborado por Pascual Alferrillo en su comentario al art. 1721 en Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, La Ley, 2015, págs. 60/72)

(3) Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Abeledo-Perrot, 5ª ed. actualizada, 2006, t. III, N° 2154, pág. 458.

(4) Ubiría, Fernando A., Cambio de paradigma en el derecho de daños. Hacia un nuevo salto de calidad, en Estudios de derecho civil con motivo del bicentenario, Julio Conte Grand (dir.), Gabriel de Reina Tartièrre (coord.), El Derecho, 2011, pág. 371. Cabe citar también el desarrollo que practica Diniz, María H., Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidad civil, 27ª ed., Saraiva, 2013, pág. 57 y sigs.

(5) Ubiría, Fernando, A., Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, AbeledoPerrot, 2015, pág. 217 y sigs.

(6) Cabe recordar que para la consecución de "lo justo" el nuevo Código recepta el fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado" que establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el privado. En el paradigma actual que anima e identifica al vigente "Estado de derecho constitucional", la Carta Magna se ha convertido decididamente en una fuente crucial del derecho, y es la encargada de controlar a las demás fuentes, y el art. 1º del cód. civil y comercial es revelador de lo expuesto (Vigo, Rodolfo, Comentario al art. 1º del Título Preliminar, en Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, El Derecho, 2012, pág. 64).

(7) Desde una matriz conservadora, en una primera etapa, con sustento en la culpa y con la carga de su prueba in vigilando o in eligendo en cabeza de la propia víctima, se pasó luego hacia una etapa de presunción de culpa del principal, cambio ya importante, pero, al no resultar suficiente para captar la realidad en términos de justicia, finalmente, se acudió directamente al fundamento del riesgo creado (se produjo una suerte de sinceramiento), con clara ventaja para la posición de quien sufre daños injustos, pues este encuadre favorece su pretensión.

(8) Se generó un desplazamiento desde la culpabilidad como paradigma excluyente hasta un esquema bipolar en el que la culpa comenzó a compartir el escenario con el riesgo creado y otros criterios o factores objetivos de atribución, herramientas necesarias para dar vida a un sistema que comenzaba a orientarse hacia la protección de los débiles, sin importar su posición como deudor u acreedor en la relación obligacional (Ubiría, Fernando, A., Derecho de dañosâ€¦, cit., pág. 11).

(9) Es por ello que consideramos que la "necesidad de factor de atribución", a pesar de importar un parámetro axiológico, no es un "principio" de la disciplina como lo categoriza importante doctrina (Pizarro, Ramón - Vallespinos, Carlos, Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Hammurabi, t. 2, pág. 467), sino que solo es un presupuesto como lo es el daño injusto y el nexo de causalidad, y cumple, por tanto, una función diferente. El hecho de que el factor de atribución resulte imprescindible no significa que coincida con los principios que inspiran a la disciplina, pues no "orbitan en el mismo plano jerárquico-funcional" (Ubiría, Fernando, A., Derecho de dañosâ€¦, pág. 35).

(10) Ante la pregunta en torno a si puede el deudor asumir una obligación de tal naturaleza, es decir, asegurar o garantizar a su acreedor que alcanzará determinado resultado, cabe detenerse a reflexionar quién tiene semejante "control" o "dominio" de la causalidad, con alcance "soberano": en este caso, el sistema normativo, por razones de política legislativa (conveniencia general), decide imponer el alea (contingencia) al deudor, lo que puede condecirse o no con las concretas posibilidades que tiene de ejecutar su "plan prestacional" de la manera debida ("dar con la vara"), solución que, en definitiva, se interpreta justa en función de los intereses comprometidos. Véase en esta temática el desarrollo que efectúan Pizarro, Ramón - Vallespinos, Carlos, Instituciones de derecho..., cit., págs. 601/604

(11) Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecabras, Miguel A., Responsabilidad por daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.944, Rubinzal-Culzoni, 2016, pág. 208 y sigs.

(12) Entre otros los trabajos, ver el de Alberto Bueres, La culpa como norma de clausura. ¿Es un postulado verdadero?, RCyS, 2010-XI, La Ley Online; también el de Roberto Malizia, Los factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), en Máximos precedentes. Responsabilidad civil, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), La Ley, 2013, t. II, págs. 422/423. Muy atrás en el tiempo ha quedado la férrea defensa de la culpa por parte de grandísimos autores, por entender que resulta imposible concebir una sanción sin ella. Según Ihering, defensor de la culpa, "esa proposición es tan simple como la del químico que enseña que no es la llama la que arde sino el oxígeno del aire. Para llegar a establecer su proposición, la ciencia química no ha podido encontrar más dificultades que la jurisprudencia para establecer la suya. Química y jurisprudencia han debido aprender a prescindir de la apariencia exterior y sensible, librando un incesante combate contra el prejuicio, así como la idea de que es la luz lo que arde resulta familiar al ignorante, la suposición de que el daño causado, o simplemente el daño, obliga a la reparación, es un sentimiento jurídico imperfecto" (Aguiar Días, José de, Tratado de la responsabilidad civil, t. 1, Nº 15). Planiol, Capitant y los hermanos Mazeaud sostenían que la objetivación "deshumaniza" y "mecaniza" el concepto de responsabilidad, pues tanto responde el prudente como el imprudente, y, desde el plano sociopolítico y económico, observa agudamente Llambías que, en el orden práctico, resulta imposible la convivencia de dos sistemas de responsabilidad contradictorios y superpuestos, y avizoró con acierto que la incorporación del riesgo desembocaría en el derrumbe de la culpa (una suerte de "Ley de Gresham" de la economía, aplicable mutatis mutandi, desde luego, al ámbito jurídico, pues explica que "la moneda mala desaloja de circulación a la buena") (Aguiar Días, José de, Tratado de la responsabilidadâ€¦, t. III, Nº 2156, pág. 459). El mismo autor se preguntaba, con acierto, ¿qué interés podría haber en la invocación de la culpa del agente, lo que supone el trabajo de probarla, cuando sería mucho más fácil sostener que el daño producido, que está a la vista, demuestra que el agente ha creado un riesgo y que por eso debe responder? Luego de dar cuenta de "las circunstancias de la vida contemporánea, la omnipresencia del maquinismo y la consiguiente multiplicación de posibles daños para extraños inocentes", proponía una solución intermedia al distinguir "responsabilidad" de "reparabilidad": mientras la primera configura un principio general con base en la culpa que obliga a reparar el daño causado en toda clase de situaciones, en los supuestos de reparabilidad sin culpa, el título o causa de la obligación de reparar justifica que la ley

determine la indemnización total, parcial, prudencial, tarifada, etc. Por tanto, reputaba conciliable un sistema genérico de responsabilidad subjetiva con supuestos específicos de responsabilidad objetiva (ídem, Nº 2164, pág. 473). Era categórico al considerar que si se disocia a la responsabilidad del reproche que pueda merecer la conducta del agente, se regresa al régimen de las sociedades primitivas, se vacía el aspecto espiritual de la sociedad humana, se arrasa con toda valoración de la conducta y se arruina el cimiento moral del orden jurídico (ídem, Nº 2150, pág. 456 y sigs.).

(13) Cabe señalar que, en todo caso se trata de una culpa en sentido lato o amplio, no en la culpa stricto sensu que constituye basamento para la atribución de responsabilidad, pues aquí no hay transgresión de un deber en perjuicio de otro, no existe alteridad.

(14) Cabe recordar que, en los esfuerzos por rechazar la objetivación, hacia mediados del siglo XX, la jurisprudencia debió practicar un "afinamiento" del concepto de culpa para alcanzar soluciones de justicia a los casos concretos cada vez más numerosos, en metodología criticable, pues provocó cruzar la frontera de la clásica faute, la desnaturalizó y condujo a su esterilización (Ubiría, Fernando, A., Derecho de daños, cit., pág. 11). La distorsión del concepto de culpa fue tal que condujo al despropósito de crearse la llamada "culpa objetiva" (Popesco Albota), que no ha tenido mayores adeptos. Para esta concepción, la culpa no está constituida por una conducta humana reprochable, sino que se configura por el solo hecho de cometerse un acto dañoso, directamente por la disconformidad con las reglas que son propias de la paz social y del mantenimiento del orden social. Basta el mero desajuste entre la conducta obrada u omitida y la que hubiera sido diligente y alcanza a los actos obrados sin voluntad jurídica, por lo que podrían incurrir en ella los dementes o infantes. La figura de la "culpa objetiva" debe desecharse de plano por resultar artificiosa e inconsistente, significa vaciar a la culpa de todo contenido referido a la voluntad inteligente del sujeto, y, en definitiva, pone de manifiesto otro vano esfuerzo por mantener al sistema de imputación dentro de la estrechez del fundamento subjetivo.

(15) Lorenzetti, Ricardo, Razonamiento judicial. Fundamentos de derecho privado, Perú, Grijley, págs. 313/316.

(16) Díez-Picazo, Luis - Gullón, Antonio, Sistema de derecho civil, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 1995, vol. II, págs. 595/596.

(17) En sus edificios, más que en los tribunales de justicia, o incluso en las oficinas de sus abogados, están los centros más importantes de práctica del derecho de daños (Lewis, Richard, Insurance and the tort system, 2005, 25, LS85).

(18) Díez-Picazo, Luis, Derecho de daños, Madrid, Civitas, 1999, pág. 41; De Ángel Yaguez, Ricardo, Tratado de la responsabilidad civil, Madrid, Civitas, 1993, pág. 985.

(19) Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, La responsabilidad civil en la era tecnológica: Tendencia y prospectiva, 2ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 284.

(20) Lambert Faivre, Yvonne, Exordio, en Alterini, Atilio - López Cabana, Roberto, Derecho de daños, La Ley, 1992, pág. XIII y sigs. El razonamiento de la autora francesa no ha perdido vigencia, a pesar del tiempo transcurrido desde su luminoso trabajo: señala que, en el primer supuesto (autor que indemniza), estaremos ante un caso de justicia conmutativa que involucra un "principio relacional" y que presenta un esquema dentro del cual la culpa resulta eventualmente un mecanismo idóneo; en el segundo (seguro de responsabilidad), por el contrario, es la justicia distributiva la que toma la posta para contemplar más adecuadamente la dañosidad propia de los tiempos actuales y la compleja dinámica que tiene lugar entre los distintos "actores sociales" involucrados; aquí se pondera la asignación de bienes y cargas entre muchos de los miembros de una comunidad, en distribución que puede ser más o menos extensa.

(21) Díez-Picazo, Luis, Derecho de daños, cit., págs. 114/116.

(22) Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 15, Accidentes, 1997, pág. 11 y sigs.; Ubiría, Fernando A., Cambio de paradigma..., cit., págs. 381/382.