

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

DR. ALDO MARCELO AZAR

1. La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad jurídica en general y de la responsabilidad civil en particular.

En tanto *presupuesto de la responsabilidad jurídica* la relación de causalidad connota las *condiciones* o *factores* a los que se atribuyen entidad suficiente para provocar u *ocasionar las consecuencias* que se constatan y verifican en el mundo natural y en el orden social.

Desde esta perspectiva un juicio causal puede servir para enlazar un efecto constatado o atribuido por el ordenamiento jurídico a un evento, suceso o acción al que se individualiza como determinante del primero. En esa concepción amplia, el fenómeno causal designa en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.) al *motivo* que habilita el pago por consignación (art. 904 inc. c C.C.C.), o que confiere al tercero interesado el derecho de pagar por el deudor (art. 881 C.C.C.), o que califica a una acción como posesoria “si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión” (art. 2238 C.C.C.), o que produce la indignidad de suceder (art. 2281), la aceptación o renuncia de la herencia (art. 2289), o la división de la herencia (art. 2331). De esa manera, el Código Civil y Comercial de la Nación utiliza términos y conceptos tales como “motivo”, “causa” o “causales” para hacer adquirir, modificar, transmitir o extinguir relaciones o situaciones jurídicas nuevas o preexistentes en los artículos 32, 69 inc. d), 135, 163, 166, 167, 170 inc. f), y 2237, entre otros.

Tal acepción de la causalidad impone su tratamiento legislativo en la problemática “de los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o modificación de los derechos y obligaciones”, tal como lo hiciera el Código Civil de Vélez Sarsfield al reglarla en los artículos 901 a 909¹.

La responsabilidad civil o el derecho de daños, en tanto son una especie de la responsabilidad jurídica general, delimita un ámbito de actuación más acotado en el que la relación causal opera también como un presupuesto que determina: a) la autoría del hecho al que se le atribuye entidad suficiente para producir el daño resarcible, b) las consecuencias más o menos extensas que van a ser reparadas, y c), en el ámbito de la responsabilidad contractual, la calificación de la obligación como de medios o de resultado para definir la modalidad del cumplimiento, inexecución y el factor de atribución subjetivo u objetivo que se imputa al deudor que no satisfizo su deber de prestación².

¹ AZAR, ALDO M. "La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Interpretación comparativa del Código Civil de 1871 con el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2014", Revista de Derecho de daños 2014-2, 265.

² AZAR, ALDO M. "Obligaciones de medios y de resultado", La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 213 a 229, 233 a 237, 615 a 626, 659 a 671, 709 a 710.

Esta concepción acotada de la causalidad es la tratada en el Código Civil y Comercial de la Nación al estar reglada en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo 1 (Responsabilidad civil), Sección 3° (Función resarcitoria), desde el art. 1726 hasta el art. 1736.

En tal sentido, la *relación causal* se define como el *nexo adecuado de causalidad de las consecuencias dañosas con el hecho productor del daño* (art. 1726). Como puede advertirse, su concepto se vincula necesariamente con los perjuicios, los cuales pueden ser efectivamente producidos (art. 1716) o de inminente acaecimiento (art. 1710 inc. b y 1711).

De esa manera la define como uno de los presupuestos de la *responsabilidad civil*, en particular cuando ésta tiene una finalidad resarcitoria del perjuicio causado, sea que éste derive de una fuente obligacional (responsabilidad contractual) o de la violación al deber de no dañar a otro (responsabilidad extracontractual o por hechos ilícitos).

Así se alude al fenómeno de la causalidad para denotar los daños *causados, producidos u ocasionados* que son resarcibles, entre otros, los arts. 71 inc. c, 118, 134, 144, 160, 275, 278, 337, 340, 441, 524, 587, 1008, 1009, 1044 inc. c, 1058, 1206, 1216, 1243, 1268, 1332, 1360, 1406, 1427, 1496, 1521, 1530, 1536 inc.d, 1540 inc. c, 1685, 1750, 1751, 1752, 1754, 1756, 1757, 1758, 1759, 1762, 1767, 1771, 1785 inc. c, 1786, 1787, 1973, 1976, 1977, 1982, 2027, 2305 C.C.C.

2. Los modelos de causalidad.

La operación intelectual que atribuye un resultado o consecuencia a un antecedente o condición e imputa al autor de estos últimos los efectos jurídicos que pueden consistir en una sanción, en la pérdida de un derecho o en la imposición de una obligación, construye un juicio de causalidad. Para ello se impone fijar la metodología a seguirse para identificar al evento o suceso como “causa” (la omisión de apuntalar la pared de una casa) y al sujeto que lo produjo (el propietario que enajenó ese inmueble y que era deudor de la obligación de conservar la cosa), para vincular a ésta con su “consecuencia” (el derrumbe parcial del inmueble vendido), para delimitar el alcance o extensión de sus efectos (el deterioro de la casa, los gastos de reparación para reconstruirla, los alquileres que se dejarán de percibir mientras duren los trabajos de refacción) y, en determinados supuestos, para calificar si la prestación asumida como contenido de un vínculo creditorio asegura o no el resultado previsto para satisfacer el interés del acreedor (la conservación de una cosa sin riesgos ni peligros de deterioro al momento de su enajenación define una obligación de resultado a cargo del deudor).

Esa metodología requiere explicitar los procedimientos que el operador jurídico –juez, legislador, administrador, abogado, investigador- ha de seguir. Las respuestas a ello no han sido uniformes. Múltiples factores filosóficos, epistemológicos, tecnológicos e ideológicos inciden al momento de establecer la “causa” que determina una “consecuencia”, lo cual ha dado origen a diversos *modelos de causalidad*.

Por *sistemas*³ o *modelos de causalidad* se entendemos al conjunto de principios, reglas y conceptos con los que se define, caracteriza e identifica las condiciones que debe

³ VINEY, GENEVIÈVE, “Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions”, L.G.D.J., París, 1982, pág. 410 y ss.

cumplir una operación intelectual para construir el juicio causal, materia que ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina civil y penal.

De ese modo, los modelos de causalidad actualmente vigentes para el derecho privado y laboral argentino son las teorías de la causalidad adecuada (verbigracia, el principio adoptado por el art. 906 del Código Civil reformado por la Ley 17.711 al disponer que las consecuencias remotas son aquéllas “que no tienen con el hecho ilícito *nexo adecuado de causalidad*”), de la equivalencia de las condiciones (tómese los supuestos en que el codificador atribuyó responsabilidad por el hecho “o en ocasión” del ejercicio de una función como la prevista en el art. 43 Cód. Civ. entre otras muchas), y de la causa próxima (por ejemplo, la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en su art. 6 utiliza a la “causa directa”), aspectos que se verifican incluso en el Código Civil y Comercial⁴.

En el caso del Código Civil y Comercial la *causalidad adecuada* se erige en la regla general para calificar a toda conducta y su consecuencia en el sistema de la responsabilidad civil con función resarcitoria (art. 1726), y, dado el alcance y extensión dados a la definición de causalidad, a todo otro supuesto en el que se aluda al fenómeno causal.

De ello se deduce que:

- a) Se erige en el método para calificar como “previsible la producción de un daño”(art. 1711) o para “evitar causar un daño no justificado” (art. 1710 inc. a), con lo cual también comprende los supuestos de la responsabilidad civil con *función preventiva*, aún cuando metodológicamente esté tratada para la función resarcitoria.
- b) Aplica sus presupuestos (modo de calificar la conducta) y sus corolarios (determinación de la autoría y de la extensión del resarcimiento), a todas las hipótesis de responsabilidades especiales donde se refiera al *daño causado, daño ocasionado, causar/provocar/ocasionar un daño*.

Sin embargo, el mismo Código Civil y Comercial de la Nación abandona el modelo de la causalidad adecuada para adoptar otras teorías causales, lo cual se infiere al utilizar paradigmas y cánones extraños a la primera, tales como son la Equivalencia de las Condiciones en el caso de los arts. 118, 160, 1753 y 1763 C.C.C.; y la *Causa Próxima* en los supuestos de los arts. 2656 inc. b), y 2657 C.C.C.⁵

3. La teoría de la causa adecuada.

La unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo código ha receptado como principio general al modelo de la teoría de la causa adecuada. En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación concibe el vínculo entre el hecho antijurídico y el daño al que se atribuye como su consecuencia como el *nexo adecuado de causalidad de las consecuencias dañosas con el hecho productor del daño*. El principio es expuesto en el

⁴ AZAR, ALDO MARCELO, "La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012", Revista de Derecho de Daños 2012-3, 9 y ss.

⁵ Analizamos la consagración de esos modelos alternativos y específicos de causalidad en "La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012", Revista de Derecho de Daños 2012-3, 9 y ss.

art. 1726, y reiterado en hipótesis de responsabilidades especiales, tales como los arts. 441⁶, 524⁷ y 1739⁸.

Por lo tanto, se define a un vínculo causal adecuado cuando, según un juicio de probabilidad, normalidad y ordinariedad, un hecho o acción (positiva o negativa) se presenta como el antecedente fáctico y lógico idóneo para producir una consecuencia o resultado.

El juicio de probabilidad y normalidad sigue una evaluación objetiva de la ocurrencia de esos efectos, es decir conforme lo “que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”. En el ejemplo citado, ante humedades persistentes y resquebrajamiento de una pared, la omisión de apuntalarla, eliminar la fuente acuosa e introducir las aislaciones pertinentes, determinan como consecuencia posible para la generalidad de los casos el derrumbe del muro. Esa normalidad toma en consideración el juicio de un hombre promedio u hombre razonable, según las definiciones del *common law*, es decir que prescinde de las condiciones personales del agente. Si el deudor en la entrega del inmueble es un ingeniero civil o un arquitecto, la previsión de los riesgos de derrumbe son mayores a los de un lego o *buen padre de familia*, sin embargo esas consideraciones no ingresan para atribuir a esa imprevisión mayor entidad causal. Esas circunstancias de persona, tiempo, modo y lugar en que acaece el hecho, omitir introducir una mejora necesaria al inmueble, construyen el juicio de culpabilidad, no ya de causalidad.

Por ello se afirma que la probabilidad, la previsibilidad o la inevitabilidad causal se construye sobre la base de las reglas de la experiencia, de datos estadísticos que evidencian una regularidad entre las sucesos y sus efectos. De esa manera, lo probable, lo *previsible*, lo *inevitable* cuando se refieren al juicio de causalidad tienen como caracteres a la objetividad y a la abstracción. “En la relación causal la previsibilidad se valora *en abstracto*, con prescindencia de lo sucedido en el caso concreto, *ex post facto*, tomando en cuenta lo que regularmente sucede, conforme al curso normal y de las cosas”⁹. Ahora bien, la necesidad que el juicio causal sea además *objetivo* por contraposición a lo *subjetivo* o *personal*, deviene de los requisitos con que se evalúa el

manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

⁶ “ARTICULO 441.- Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

⁷ “ARTICULO 524.- Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial”.

⁸ “ARTICULO 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

⁹ PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones de derecho civil. Obligaciones*”, tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 98.

caso fortuito, la fuerza mayor y la imposibilidad de cumplimiento que son precisamente elementos que destruyen el nexo causal entre un suceso y su resultado. En efecto, si la imposibilidad de cumplimiento exige ser calibrada de modo *objetivo* conforme al art. 1732 C.C.C. y se estructura sobre la base del caso fortuito o de la fuerza mayor de acuerdo al art. 955, al punto que ambos –imposibilidad de cumplimiento y caso fortuito– tienen asimilados sus efectos en virtud del art. 1732 C.C.C., ergo ambas operan como *causas extrañas* que rompen el nexo causal. De ese modo, los requisitos relativos a la *previsibilidad* o su opuesta, la *imprevisibilidad*, deben reconocer identidad de calidades y caracteres para no incurrir en contradicción. Por lo tanto, la objetividad también es un criterio con el que debe evaluarse lo previsible según el curso normal y ordinario de las cosas y esa objetividad implica acudir a criterios que prescindan de las calidades personales del sujeto respecto de quien se discute la autoría del hecho, tales como sus conocimientos, sus habilidades, sus incompetencias, pues aluden a la evaluación de normalidad ya descrita en el párrafo precedente.

Las consecuencias atribuibles a la *causa adecuada* se clasifican en inmediatas, mediatas y causales. El Código reitera en el art. 1727 la tipificación de las consecuencias establecida en el art. 901 C.C., al disponer que *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”*.

“El concepto de inmediatez supone que entre *hecho y resultado* no haya interferencia alguna en el *iter* causal”, de modo que los efectos, apreciados según un principio de regularidad, no ya de necesidad¹⁰, es lo que “acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”. En tal sentido, la colisión de automotor contra la pared del inmueble vendido por el ingeniero, en el ejemplo que venimos tomando, produce como resultado inmediato la destrucción o deterioro del muro; la omisión por parte del abogado de contestar la demanda en término provoca la pérdida de la oportunidad procesal de controvertir los hechos invocados por el accionante con la consecuente desventaja procesal para su cliente.

Ante un hecho al que se denomina *C*, y un resultado al que se designa como *R*, se configura una consecuencia inmediata cuando puede afirmarse que, conforme lo que ocurre normal y generalmente, “dado *C*, es *R*”.

Con esos mismos parámetros de probabilidad y de regularidad, con los que se evalúa lo que ocurre “según el curso natural y ordinario de las cosas”, una consecuencia deviene mediata si para producirse requiere que el hecho generador se conecte con un “acontecimiento distinto”, de manera que éste último constituye la causa última si se analiza la concatenación de los eventos que lleva al resultado.

La agresión con un arma de fuego que hiere a la víctima, quien es socorrida por un servicio de emergencia, pese a lo cual fallece debido a las demoras en el tránsito mientras es trasladada al hospital que impiden el tratamiento médico efectivo, constituye la causa mediata de la muerte al producirla por la conexión con las maniobras de asistencia .

¹⁰ GOLDENBERG, ISIDORO, , “*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*”, Astrea, Buenos Aires, 1984, pags. 67 y 66.

La conexión de un factor con otro determina a su efecto como *mediato* sí y sólo si la consecuencia es *previsible*. El enunciado de una consecuencia mediata se enuncia “dado *C*, es *C'*; dado *C'*, es *R*, si y sólo si *R* es previsible para *C*”.

Si esas consecuencias mediatas “no pueden preverse se llaman ‘consecuencias casuales’” (art. 1727, última parte). Estas últimas revisten caracteres de *anormalidad*¹¹.

En el mismo ejemplo de la lesión con arma de fuego en el abdomen, la muerte de la víctima es consecuencia casual si se produce por impericia en la conducción de la ambulancia que colisiona y produce traumatismos con hemorragias masivas. El enunciado de una consecuencia causal se enuncia “dado *C*, es *C'*; dado *C'*, es *R*, si y sólo si *R* es no previsible para *C*”.

Como puede apreciarse, la *previsibilidad* es un criterio liminar que se utiliza por un lado para identificar al autor con los efectos normales y habituales de su conducta, por el otro lado también se usa para distinguir a una consecuencia mediata de otra causal, y, por último, para evaluar las *causas extrañas* del caso fortuito, fuerza mayor e imposibilidad de cumplimiento. En otras palabras, la cuestión de la *previsibilidad* tiene un rol crucial en el razonamiento causal.

La *previsibilidad* se regula en los artículos 1725 y 1728, pero también es mencionada en múltiples dispositivos que aluden al nexo de causalidad. Entre los más importantes se encuentran en los arts. 58 inc. e), 59 incs. d) y f), 988 inc. c), 1711, 1726, 1728, 1730, 2436, y 2597.

Como tal, el Código no usa un criterio unívoco para evaluar la *previsibilidad*, pues en diversos preceptos utiliza diversos parámetros. Ello introduce una importante confusión en el sistema, en particular cuando a la causalidad se refiere, lo cual exige la delimitación conceptual pertinente así como el ámbito de aplicación de cada una de las reglas previstas a los fines de evitar superposiciones con la noción de culpabilidad.

El artículo 1725 con el epígrafe “Valoración de la conducta” reedita los actuales arts. 902 y 909 del Código de Velez Sarsfield, modificando parcialmente sus textos por el siguiente: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la *previsibilidad* de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.”

Esa norma se ubica a continuación de la que regula los *factores subjetivos de responsabilidad*, en particular a la culpa (art. 1724), y precede a la relación causal (art. 1726). Como tal, es una bisagra que regla la *valoración de la conducta* entre el juicio de culpabilidad y de causalidad.

La regla en cuestión se refiere al *mayor deber de previsión* que estaba contenido en el art. 902 C.C. cuyo texto rezaba: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

¹¹ CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, tomo IV, La Ley, Bs. As. 2010, pág. 744.

La enunciación de ese principio ha sido modificado por el art. 1725 C.C.C. En efecto, se ha sustituido la formulación originaria, “*mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*”, por la proposición “*mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”.

Esa modificación no sólo se verifica a nivel semántico, sino también en el método legislativo. El art. 902 del Código Civil se ubicaba estrictamente en la temática de la *relación causal*, mientras que, como se anticipara, el Código Civil y Comercial la ubica a continuación de la definición de la culpa y del dolo, y antes de tratar el nexo de causalidad.

La cuestión a dilucidar es si la modificación introducida en los términos y en la ubicación del juicio de previsión, implica un cambio en el sentido y en la aplicación de aquél. Concretamente, ¿el actual 1725 C.C.C. define un parámetro de culpabilidad o de causalidad? Si es lo primero, la “valoración de la conducta” no sirve para definir lo *previsible* según la clasificación utilizada por el art. 1727 al que ya nos hemos referido, sino que se dirigiría exclusivamente a evaluar un comportamiento culpable o doloso. Si así fuera, el art. 1727 que utiliza a la previsibilidad requeriría otras condiciones de aplicación para distinguir una consecuencia causal mediata de otra casual, caso contrario esa norma y el art. 1724 estarían regulando materias diversas de la misma manera. Si es lo segundo, se verifica duplicidad en los ámbitos de regulación de la “valoración de la conducta” pues estos cánones se dirigen tanto para la culpabilidad como para la causalidad, y en ese supuesto se exige distinguir el juicio de previsión para evitar confusión en los presupuestos de la responsabilidad civil, en uno y otro nivel.

La redacción originaria del “mayor deber de previsión” en el art. 902 Cód. Civ. introdujo un debate respecto a su ámbito de aplicación al controvertirse cuál era el presupuesto de la responsabilidad en el que esa regla es operativa, y cómo era el criterio de evaluación de la previsibilidad de los actos contenido en aquella.

En efecto, para algunos la “mayor obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” establecido por Vélez Sársfield delimitaba un criterio de *culpabilidad*: mayor es la conducta exigible a un médico especialista que a un médico generalista, lo cual impactaba a nivel del reproche subjetivo del agente¹².

Para otros, la regla resolvía un problema exclusivo de *relación causal*, aunque con alcances distintos. Quienes sostenían que el art. 902 Cód. Civ. definía a la causalidad, afirmaban que el juicio de previsibilidad abstracto debía calibrarse con criterios concretos o de prudencia: “no es igual la prudencia exigida para cruzar un paso a nivel ubicado en una zona rural, en campo abierto, que la requerida cuando se encuentra en plena ciudad, rodeado de construcciones”¹³, mientras que otros mantenían en todos los supuestos los criterios abstractos y objetivos inherentes a la relación causal: mayor previsibilidad es dable exigir a un profesional o especialista o proveedor de bienes y servicios destinados al consumo¹⁴.

¹² BUERES, “*Derecho de daños*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 346 a 350.

¹³ MOSSET ITURRASPE, “*La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual*”, Rev. Derecho de Daños, 2002-3-64. GOLDENBERG, “*La relación de causalidad ...*”, ob. cit. pág. 88. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “*Derecho de las obligaciones*”, tomo IV, cit. pág. 743.

¹⁴ PIZARRO-VALLESPINOS, “*Instituciones ...*”, ob. cit. tomo 3, pág. 99.

Una tercera corriente doctrinaria interpretaba la norma como definitoria de un criterio de previsibilidad que podía interpretarse para evaluar tanto la *causalidad* como la *imputabilidad*¹⁵.

En su momento habíamos concluido que el artículo 902 Cód. Civ. delimitaba exclusivamente al juicio de causalidad, ello debido a las fuentes utilizadas por el codificador, a la ubicación sistemática de las reglas del *mayor deber de previsión* (luego del art. 901 y antes de los arts. 903 a 906, todos ellos relativos al nexo causal), y a la expresión literal. Así sostuvimos que el mayor deber de previsión fijaba el contenido, objetivo y abstracto del deber jurídico o de la obligación que le es exigible al agente conforme a lo que ocurre según el curso normal y ordinario de las cosas, y no conforme a la culpabilidad del obligado¹⁶.

Tal como se expusiera anteriormente, el Código Civil y Comercial modificó el texto y la ubicación del mayor deber de previsión, lo cual exige una interpretación coherente del art. 1725 con el 1724 y con el 1727 de modo de evitar contradicciones. La hermenéutica más acorde a la finalidad de la norma conduce a afirmar que el *mayor deber de previsión* definido por el art. 1725 C.C.C. cumple una función ecléctica, pues tanto se refiere a calibrar la conducta omitida que determina la culpa del agente (conforme al art. 1724 in fine), como a determinar el contenido, objetivo y abstracto, del deber o de la prestación obligacional cuyas consecuencias son previsibles por la misma naturaleza de las acciones u omisiones exigibles (conforme al art. 1726). En tal sentido, la “valoración de la conducta” así definida fija la previsibilidad en concreto y en abstracto, y determina tanto la culpabilidad como la causalidad. Esta inteligencia es la atribuida en su momento por ZAVALA DE GONZÁLEZ al anterior art. 902 Cód. Civ. y es la más coherente con el sistema utilizado por el Código Civil y Comercial dado que de atribuirse al actual art. 1725 un rol circunscripto a la culpa, se deja sin respuesta a la *previsibilidad* contenida en el art. 1727 con la consiguiente laguna. Asimismo, no puede soslayarse que otras normas usan el mismo criterio de previsibilidad con pautas generalidad propias de un juicio causal, tal lo que ocurre con los artículos que definen una causa extraña, como el caso fortuito (art. 1730), o la imposibilidad de cumplimiento (art. 1732), por lo cual esa regla general admite ser evaluada en concreto, en cuyo caso define a la culpabilidad del agente, y en abstracto, supuesto en el que delimita al nexo causal entre la conducta de aquél con las consecuencias de su accionar.

Por ende la *previsibilidad de las consecuencias* que explicita el art. 1725, primer párrafo, cuando se refiere al juicio de causalidad, en particular con relación a los arts. 1726 y 1727 C.C.C., establece lo que esa diligencia o contenido del deber obtiene o alcanza, conforme a un juicio objetivo y abstracto, establecido de acuerdo al curso normal, natural, ordinario, regular y probable de las cosas. De ese modo las diligencias desplegadas en la intervención quirúrgica de una fractura expuesta comprende, como riesgo probable e inherente a la misma, la posibilidad de desarrollar un cuadro infeccioso con virtualidad para provocar la sepsis generalizada o la gangrena del miembro, consecuencias éstas objetivamente previsibles de acuerdo a la índole de la práctica. En ese caso el juicio de previsibilidad se encastra en el plano de la causalidad y calificará como mediato o casual al resultado obtenido o fracasado¹⁷. La nueva

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños”, tomo 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pag. 276.

¹⁶ AZAR, “Obligaciones de medios y de resultado”, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 235 a 237.

¹⁷ La diligencia incluidas en esa práctica médica es idónea para producir esos efectos, con prescindencia

redacción del mayor deber de previsión, admite calibrar a este último de conformidad a las calidades personales del agente, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe desarrollarse la diligencia exigible, y por ende calificar al *daño* que se siga de su ejecución u omisión como previsible en concreto y, por lo tanto, imputable a aquél a título de culpa¹⁸. De ese modo, la evaluación de la diligencia llevada a cabo por un traumatólogo al momento de enyesar un miembro fracturado es más estricta que para el médico de emergencias con relación al riesgo del “síndrome compartimental”, cuyas consecuencias son la pérdida de irrigación y la necrosis del tejido con la consiguiente amputación.

Interpretado de esa manera el art. 1725, relativo a la “valoración de la conducta”, con el art. 1724 que regula los factores subjetivos de responsabilidad, en especial la culpa, con el art. 1727 que clasifica diversamente las consecuencias inmediatas y casuales según lo “previsible, y el art. 1728 que regla la previsibilidad contractual, *las reglas atinentes a la previsibilidad del obrar en materia de causalidad* deben seguir el siguiente orden lógico de los parámetros fijados por esas normas citadas:

i.- principalmente, las consecuencias de una acción u omisión se fijan en función de lo que un hombre promedio está en condiciones de anticipar como efectos de sus actos (art. 1727);

ii.- pero esas consecuencias son mayores, si el contenido del deber evidencia su potencialidad productora del resultado impuesto (no dañar a otro) o asumido (satisfacer el interés del acreedor) calibrado con relación a las consecuencias que la conducta objetivamente es idónea para producir (art. 1725, primer párrafo);

iii.- el contenido de ese deber (punto ii) se amplía si por las calidades personales del agente, éste tiene la posibilidad de avizorar las consecuencias de sus actos (art. 1725, segundo párrafo);

iv.- las consecuencias señaladas en el punto i.- se amplían o reducen en función a las condiciones cognitivas concretas del agente en los contratos celebrados por una confianza especial con la persona del obligado (art. 1725, tercer párrafo);

v.- las consecuencias se amplían, si por dolo del deudor al momento de incumplir la prestación aquéllas se presentan como efectos dañosos previstos o previsibles estimables en esa oportunidad (art. 1728).

Esa prelación para interpretar el juicio de previsibilidad no pasa por alto que en la metodología del Código Civil y Comercial de la Nación concurre un uso dual de la “valoración de la conducta” tanto para el orden de la culpabilidad como de la causalidad. Ello se verifica en el art. 1725, último párrafo, el cual recepta y modifica parcialmente el texto del art. 909 Cód.Civ. Este último disponía que “*para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes*”. Ese precepto del Código Civil de 1871 fue interpretado con relación a los *hechos voluntarios* y por lo tanto su ámbito de aplicación era la delimitación del discernimiento, intención y

de la corrección (cumplimiento) o incorrección (inejecución) de la prestación a cargo del profesional, y más aún del reproche subjetivo que se le endilgue a su conducta (mala praxis o culpa). La diligencia precede a la culpa, pues es el parámetro que define el cumplimiento o, por su ausencia, el incumplimiento.

¹⁸ AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, cit. pág. 686 a 689.

libertad, sus opuestos los vicios del consentimiento –error, dolo y violencia-, y en la órbita de la responsabilidad civil los factores subjetivos tales como la culpa y el dolo. El art. 1725 C.C.C. sustituye la estimación de “*los hechos voluntarios*” incorporada en la redacción original, por la valoración de “*la conducta*”. La norma importa un avance con relación al dispositivo del Código de 1871 pues admite “valorar la conducta” conforme a una evaluación objetiva, abstracta, general que exige el juicio de causalidad, “tomando como parámetro de conducta exigible, lo que un hombre medio haya debido o podido prever obrando con prudencia y diligencia”¹⁹, sin atar esa regla a la evaluación concreta, inherente a la culpa, a la conducta la estimación de los hechos voluntarios del art. 909 Cód. Civ. La alusión a la voluntariedad del agente que contenía este último precepto del Código Civil sólo admitía su valoración para la culpabilidad, sentando un piso o recaudo mínimo para fijar la impericia, negligencia o imprudencia del agente. Con esta solución se amplía el campo de aplicación de la norma. En efecto, si se mantenía la redacción originaria, la voluntariedad de la acción que aludía el art. 909 resultaba extraña a la valoración causal de la conducta y de sus consecuencias, en tanto esta última también se refiere a hechos que prescinden de dicha voluntariedad. En ese caso, hipótesis como los daños producidos por el “riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (art. 1757, primer párrafo), para los cuales la responsabilidad es objetiva y no admite como eximente “el cumplimiento de las técnicas de prevención”, no devenía utilizable ese patrón de valoración de la conducta.

Por ello el art. 1725 C.C.C. al abandonar ese requisito de la voluntariedad de la acción y reemplazar la regla por *la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada*, admite ser utilizado para interpretar tanto a un factor subjetivo de responsabilidad conforme al art. 1724 como al nexo causal del art. 1727.

Esa regla es complementaria de los mayores deberes de previsión. Esta última ajusta la previsibilidad en concreto cuando tiene en cuenta las calidades del agente –juicio de culpabilidad-, y, al mismo tiempo, evalúa objetiva y abstractamente las consecuencias en función de la índole de la diligencia y conducta exigibles con los resultados a que conducen–juicio de causalidad-, mientras que la evaluación genérica de la conducta del art. 1725, tercer párrafo, prescinde de las “condiciones especiales” o “la facultad intelectual de una persona determinada”, para reducir o morigerar la conducta exigible.

Sin embargo, por el art. 1725 establece otros dos criterios subsidiarios que son la *confianza especial* y la *previsión contractual específica*, y ello se suma que el artículo 1728 contempla al *dolo*, aspectos que atañen en especial a la *extensión del resarcimiento*, más que al juicio de *autoría*.

Como puede advertirse, la “valoración de la conducta” para la delimitación de la autoría y para la fijación de las consecuencias resarcibles que están involucradas en la relación de causalidad, tienen otras condiciones y presupuestos específicos que inciden en el juicio causal, lo cual trae no pocas complejidades e inconsistencias.

La valoración de la conducta tiene como parámetros al agente y a la índole de la actividad cuyas consecuencias son los resultados a obtenerse (no dañar a otro o satisfacer el interés del acreedor) o evitarse (perjuicio a la víctima o al acreedor). El art. 1725 en su segundo párrafo dispone “*Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes*”. La

¹⁹ ZANNONI, “Cocausación de daños (una visión panorámica)”, Rev. Derecho de Daños 2003-2-8.

norma reitera luego, de modo redundante, esa misma regla en el último párrafo del texto, al declarar que “*Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente*”.

La cuestión a dilucidar es si se trata de una misma hipótesis o el segundo párrafo sienta una regla distinta o con un alcance diverso a la del tercer párrafo.

Conforme al párrafo segundo del art. 1725, la confianza define una diligencia calibrada en concreto, sobre cuyas bases se fija el criterio de previsibilidad. Conforme al tercer párrafo, esa condición especial derivada de la confianza, determina el grado de responsabilidad.

Se trata de dos cuestiones diversas.

La “naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes” impone el análisis de los riesgos a que se exponen acreedor y deudor, víctima y victimario, y las situaciones personales de cada uno de ellos a los fines de la prevención de los daños o de los efectos del incumplimiento obligacional. La regla ya está inserta en el art. 1137 del Código Civil francés, como modo de calibrar la diligencia abstracta del *buen padre de familia* por la diligencia concreta de las condiciones del deudor en una prestación fiduciaria. Desde esta perspectiva, la obligación de guarda derivada del contrato de depósito impone una mayor diligencia al depositario profesional (el veterinario que cuida al perro durante el viaje del depositante) que con relación al depositario no profesional (el vecino o el hermano a quien se confía el animal), con relación a las consecuencias que son previsibles (la enfermedad que aqueja al can).

La confianza especial que determina “el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente” ha llevado a sostener una atenuación de la *culpa del deudor*. Este último sólo sería responsable si cometiera una negligencia grave, en tanto se asume una obligación de medios atenuada.

Por nuestra parte hemos sostenido que esa regla de ninguna manera admite esa interpretación. La *condición especial* cuando se relaciona con el factor de atribución subjetivo de la culpa, lo único que establece como condición es verificar la omisión de una diligencia acotada a las calidades, arte, oficio o profesión del obligado, como la diligencia que cada uno pone en sus propios asuntos sentada para el contrato de depósito. De ese modo, así como la diligencia exigible a un depositario no profesional (el vecino que cuida el perro) es diversa a la exigible al profesional (el veterinario), el resultado dañoso (la muerte derivada de la enfermedad que aquejó al animal) se evalúa más atenuadamente con respecto a la culpa (omisión de detectar la dolencia y, en su caso, de tratarla) que se impute al primero (por su carácter de lego y sus posibilidades concretas de conocer la enfermedad), y más agravada para el segundo (atento su profesionalidad y sus específicas capacidades para reconocer la dolencia y sus efectos).

La confianza especial constituye una excepción a la regla genérica por la que la previsibilidad del obrar se evalúa de acuerdo a un estándar promedio del *hombre promedio*. En este caso, la regla no define un juicio objetivo y abstracto de la causalidad, sino que se dirige a construir el juicio concreto y subjetivo de la culpabilidad.

Ahora bien, llevados esos análisis al campo de la extensión del resarcimiento, la previsibilidad de las consecuencias mediatas y la imprevisión de las consecuencias causales, se miden *además* por ese juicio concreto y subjetivo que impone la confianza

especial. De tal manera, una enfermedad que aqueja al perro dejado en guarda, que para la generalidad de los legos no sería detectable, le es atribuible como una consecuencia mediata susceptible de resarcimiento al veterinario depositario que por sus conocimientos profesionales conoce o debe conocer la gravedad de los síntomas que evidencia el animal.

Por otro lado, el art. 1728, primer párrafo, establece que “en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”. La norma se ubica a continuación del art. 1727 que había definido la causalidad adecuada y clasificado las consecuencias en inmediatas, mediatas y casuales. Como tal, ese precepto se ubica metodológicamente dentro de la materia de la causalidad.

La regla responde al pensamiento de Lorenzetti²⁰, la que se explicita en los Fundamentos del Proyecto, donde se señalan los motivos y los fines que justifican el texto: “a) su ámbito de aplicación son los contratos, a diferencia de la redacción original del Código Civil, que la establecía “para los daños e intereses de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero” (Título III, artículo 520). Ello generó litigios sobre el grado de extensión de esa limitación, que ahora es restringido sólo a los contratos. b) Esta es una regla que se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuando mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad. c) Se hace excepción al caso en que exista dolo, como es tradición. d) No se aplica a los contratos de consumo”²¹.

Asimismo la solución tiene por antecedente el art. 1225 del Código Civil Italiano, y el precedente “*Hadley vs. Baxendale*” vigente en el *Common Law* por el cual se resarcan las consecuencias que deriven del conocimiento específico que tengan las partes²².

La previsión contractual se refiere: a) a las consecuencias resarcibles, reduciendo o ampliando la extensión del resarcimiento, como por ejemplo cuando las partes limitan la reparación de los eventuales daños contractuales a las consecuencias inmediatas o a determinados perjuicios); b) a hipótesis específicamente anticipadas que normal y ordinariamente escaparían a la previsibilidad regular, como por caso, la exclusión de determinados riesgos improbables pero exorbitantes por alguna de las partes como el secuestro del turista que contrata servicios de caza en zonas de guerrilla, revolución política o en estado bélico; c) o a la atenuación o agravamiento de la responsabilidad emergente por la regulación de las obligaciones de medios y de resultado que deriven del contrato, tal es el caso de una obligación de conservación de una cosa que las partes la pactan como una obligación de fines cuya única eximente admisible sea la culpa del acreedor.

Asimismo, el mismo artículo que venimos tratando dispone en su párrafo segundo: “Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”. El último acápite del art. 1728 fija la previsión contractual, específica y concreta, respecto de los daños que se originen con motivo del incumplimiento, no ya evaluada al momento de la celebración del

²⁰ LORENZETTI, “*Tratado de los contratos*”, Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, págs. 621 a 626.

²¹ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, al Título V: Otras Fuentes de las Obligaciones, Capítulo 1. Responsabilidad civil, punto 8.

²² AZAR, “*Obligaciones de medios y de resultado*”, ob. cit. pág. 236 y 237. VISINTINI, “*Trattato breve della responsabilità civile*”, 2da Edición, Cedam, Padova, 1999.

contrato, sino del acto de inexecución. Como tal puede subsumir el hecho de terceros que normalmente sería una consecuencia causal, tal como la pérdida de luminosidad del inmueble locado por construcciones vecinas si existe dolo del locador (art. 1204).

La norma acota el agravamiento de las consecuencias resarcibles en razón del dolo para las obligaciones de origen convencional. El Código Civil y Comercial se aparta de las reglas sentadas en el art. 904 C.C. por el cual “las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto”, y en el art. 905 C.C. que atribuye las consecuencias puramente casuales al autor “cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”. Las normas del Código de 1871 no fueron objeto de controversia doctrinaria y jurisprudencial²³, por lo que la solución del nuevo código introduce una importante laguna axiológica en el sistema de la responsabilidad civil por hechos ilícitos y por incumplimiento de obligaciones cuyas causas fuentes no son los contratos, al reducir su campo de aplicación al ámbito contractual. En efecto, se deja sin respuesta a la incidencia del dolo en el campo extracontractual, situación por demás disvaliosa.

4. Las eximentes relativas a la causalidad.

Si la relación de causalidad se estructura sobre la base de un juicio de posibilidad general y abstracta por la que una consecuencia se atribuye como producida por un suceso, evento o acción específicos, ese mismo camino que va de la causa al efecto reconoce factores o hechos que son susceptibles de obstruirlo, desviarlo, modificarlo. De esa manera, la omisión en que incurre un abogado de ofrecer y producir la prueba que hace a la pretensión civil de su cliente deducida a través de una demanda judicial es, según lo que ocurre normal y habitualmente, causa suficiente para minar la fortaleza de la defensa de los intereses ajenos asumida y para la desestimación de la acción. Sin embargo, si la contraparte reconoció hechos controvertidos al momento de alegar, estos últimos eventos concurren causalmente en sentido opuesto a la pérdida de la causa judicial, al punto de enervar la omisión incurrida por el abogado en cuestión e incluso permitir el éxito del planteo formulado en la demanda.

Esos hechos jurídicos que destruyen total o parcialmente el nexo causal conforman causas exclusivas o concausas que devienen a su vez *causas extrañas* y por lo tanto eximen total o parcialmente de responsabilidad al autor que inició el curso de los eventos.

Las eximentes de responsabilidad que se refieren a la ruptura absoluta o relativa de la relación de causalidad, las causas extrañas, deben ser alegadas y probadas por quien la invoca, lo cual en un proceso de daños alude al victimario o deudor demandado o al responsable indirecto del perjuicio (arts. 1734 y 1736, segundo párrafo).

Las causas extrañas o causas ajenas, según la terminología utilizada por los arts. 1722 y 1736 C.C.C, se refieren al hecho del damnificado, al hecho de un tercero extraño y al caso fortuito y fuerza mayor. El Código Civil y Comercial incluye en el art. 1732 a la imposibilidad de cumplimiento, y en el artículo 1733 regula sus requisitos conjuntamente con los del caso fortuito y la fuerza mayor. Ese tratamiento conjunto introduce más de una perplejidad al sistema de la responsabilidad civil, lo cual será tratado más abajo.

²³ ORGAZ, “El daño resarcible”, Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 158. GOLDENBERG, “La relación de causalidad ...”, cit. pág. 105 ya 107.

5. Hecho del damnificado.

El Código Civil y Comercial determina en el art. 1729 al hecho del damnificado como una de las posibles causas ajenas. La norma estipula que “*la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial*”.

Si en el curso de un tratamiento médico, el paciente no sigue las indicaciones dadas por el facultativo para que la intervención quirúrgica practica o la medicación recetada produzcan su sanación, la persistencia de la dolencia, la aparición de una nueva enfermedad o el agravamiento de su condición reconocen como causa a esa omisión apuntada en primer término.

De esa manera toma partido ante un reiterado y persistente debate en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto a si la eximente se configura con el solo hecho positivo o negativo de quien sufre el daño para excluir el nexo causal, o si además de esa interrupción fáctica, se requiere que ese accionar de la víctima le sea imputable a título de culpa. La controversia se construyó alrededor del art. 1.111 del Cód. Civ. que señalaba a la falta imputable a la persona que sufre el daño como eximente invocable para destruir el nexo causal. Como tal la culpa de la víctima, no su mera intervención fáctica, del damnificado, tenían virtualidad para desviar o concurrir en el íter entre el hecho del agente y el daño causado.

El artículo 1729 C.C.C. alude al *hecho del damnificado* como principio que exime de responsabilidad al autor del daño, salvo que “*la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial*”.

Por ello, las excepciones que conllevan a considerar exclusivamente a la *culpa de la víctima*, no ya su simple accionar, pueden provenir de tres fuentes diversas:

a.- De la disposición legal, lo cual acaece cuando la propia ley exige a la culpa o al dolo como eximente invocable, como es el caso de la responsabilidad del franquiciante, quien responde “por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado” (art. 1521).

b.- De estipulación convencional, lo que se configura cuando en la celebración del contrato o de su modificación, se circunscriba a la culpa o al dolo del acreedor como eximente total o parcial de las consecuencias resarcibles.

c.- De las circunstancias especiales, hipótesis que no tiene claridad al no establecerse en el texto qué resguardos, requisitos o aspectos son los relevantes para eliminar al hecho del damnificado como factor causal o concausal excluyente de la responsabilidad, y para determinar que sólo la culpa o dolo sean válidos como eximentes.

El hecho del damnificado puede constituir la causa exclusiva o conjunta que origina el daño, tal como lo admite el texto del art. 1729: “La responsabilidad puede ser *excluida o limitada* por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño ...”. En el primer caso, es el factor excluyente del menoscabo y en la segunda hipótesis deviene una concausa, cuya consecuencia es la atribución parcial de la responsabilidad.

En este último caso, de constituir el hecho de la víctima o acreedor un factor concausal del perjuicio, la limitación de la responsabilidad debe hacerse en función de la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, lo cual reenvía a evaluar la entidad causal adecuada en proporción a la intensidad que ha tenido para provocar el menoscabo, con prescindencia de la culpabilidad del agente o del damnificado.

6 Caso fortuito y fuerza mayor.

El hecho imprevisible o, siendo previsto, inevitable tipifica al caso fortuito como eximente que rompe el juicio de previsibilidad del nexo causal. La prohibición de importar insumos nucleares o de biotecnología en virtud de una disposición de las autoridades públicas fundada en razones de seguridad nacional, determina el desabastecimiento de esa materia prima e impide que se provean los productos que se proyectaron elaborar con los mismos.

En tanto ese hecho configura un factor que desplaza el curso normal y ordinario de las cosas entre la acción, iniciada o a iniciarse por el agente, y la consecuencia atribuible, requiere ser evaluado con iguales parámetros, es decir de manera objetiva y abstracta.

El Código Civil y Comercial dispone en el art. 1730 que: “*Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario*”.

La eximente así concebida define al *caso fortuito* en iguales términos que el actual art. 514 Cód. Civ. y asimila las consecuencias entre el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, en tanto sendos términos se toman como sinónimos. Con respecto a esto último, el Código Civil y Comercial no distingue la fuente del hecho imprevisible o inevitable, esto es si proviene de un hecho natural (caso fortuito) o procede de un hecho del hombre (fuerza mayor).

A diferencia de lo dispuesto en el art. 1729 y del art. 1731, no se aclara si esta eximente requiere destruir totalmente el nexo causal o si también es idónea para hacerlo parcialmente. Una inteligencia acorde a los postulados de la causa adecuada impone atribuirle a esa causa ajena ambos efectos. En otras palabras, si las nevadas persistentes a lo largo del trayecto por el que se transportan orquídeas retrasan su arribo a destino, lo cual unido al acondicionamiento defectuoso determinan que se marchiten, el primer evento concurre con la falta de previsión citada en segundo término y exime, en la medida que ha contribuido al deterioro.

La eximente no es invocable cuando se atribuye a un sujeto la responsabilidad aún por caso fortuito o fuerza mayor. Esas hipótesis están regladas en el art. 1733, siendo las más significativas:

- a) la asunción de una obligación de garantía (art. 1733 inc. a), lo cual es una estipulación convencional por la que se excluye esa eximente o se impone al deudor a responder aún por el hecho imprevisible e inevitable;
- b) la imposición legal del *casus* (art. 1733 inc. b) lo cual se verifica en el caso del Código Civil y Comercial en las obligaciones de género para las cuales “*antes de la*

individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor” (art. 763), en la obligación de conservación en la locación de cosas por la cual “*el locador debe conservar la cosa locada en estado de servir al uso y goce convenido y efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro originado en su calidad o defecto, en su propia culpa, o en la de sus dependientes o en hechos de terceros o caso fortuito*” (art. 1201), o en la obligación de restituir la cosa dada en comodato por la cual el comodatario debe “*responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante*” (art. 1536 inc. d), entre otros.

c) la mora precedente (art. 1733 inc. c), lo cual deviene del principio de *perpetuatio obligationis*;

d) la culpa en la producción del hecho imprevisible o inevitable (art. 1733 inc. d), lo cual acaece cuando el mismo caso fortuito o fuerza mayor es imputable al deudor o autor de la acción dañosa;

e) el riesgo si el caso fortuito es consecuencia o derivación de esa calidad de la cosa o de la actividad (art. 1733 inc. e), hipótesis que reenvía a la responsabilidad objetiva por riesgo;

f) si la obligación es de restituir como resultado de un hecho ilícito (art. 1733 inc. f).

7. Hecho de un tercero extraño.

Si un sujeto, distinto y extraño al agente o deudor y a la víctima o acreedor insatisfecho, irrumpe de modos que su acción u omisión desplacen a los segundos en el proceso causal en la producción del menoscabo, ese hecho es una causa ajena que exime al obligado primigenio de reparar el daño infringido.

Sea que se trate de la responsabilidad emergente del incumplimiento del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de la prestación creditoria, esa actuación del tercero extraño se erige en un factor distinto y con mayor eficiencia como la única causa o la concausa del perjuicio.

La negativa de recibir la encomienda por parte de la administradora de un consorcio o establecimiento, en el que el adquirente del producto alquila una oficina, deviene un evento que impide la entrega a domicilio pactada entre comprador y vendedor de ese bien.

El art. 1731 dispone en tal sentido que “*para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito*”.

Esa eximente requiere ser extraña al autor del daño y al damnificado. El precepto la define en términos negativos como el sujeto “*por quien no se debe responder*”.

Están, consecuentemente, excluidos de invocar esa eximición, es decir que no son terceros extraños:

a) los sujetos a quienes se atribuye responsabilidades reflejas regladas en la Sección Sexta (arts. 1753 a 1756);

b) las personas jurídicas por el hecho de sus representantes (art. 1763), incluido el Estado por el obrar de sus funcionarios y agentes;

c) los miembros del grupo a menos que se demuestre ser ajeno a la producción del daño (art. 1761 y 1762);

d) y los sindicatos en disposiciones específicas (por caso, los arts. 1254, 1767).

Se exige asimismo que el hecho del tercero extraño revista los mismos caracteres que el caso fortuito. La alusión a este último no arroja dudas respecto a que la ocurrencia del accionar del tercero sea imprevisible o inevitable, lo cual impone evaluarse con iguales calidades de objetividad y de abstracción, y, por definición, siempre la exterioridad entendida como un sujeto ajeno al ámbito del presunto responsable (no es tercero ajeno, por no ser externo, un pasajero que se aloja en un hotel y que roba o destruye los efectos de otro pasajero a tenor de lo dispuesto por el art. 1371).

8. La imposibilidad de cumplimiento.

El Código Civil trataba a la imposibilidad de pago en los arts. 888 a 895 como uno de los modos extintivos de las obligaciones. Sin embargo, la trascendencia de la figura excedía ese tratamiento legislativo, puesto que en un sistema por el cual el resarcimiento en la órbita obligacional o contractual se estructura sobre la base de reglas distintivas, diferenciadas y no acumulables con las vigentes para la órbita extracontractual, la imposibilidad de cumplimiento deviene el límite de la responsabilidad del deudor.

Los modelos clásicos de responsabilidad contractual vislumbraron un régimen más estricto para el obligado por el cual o éste satisfacía la prestación comprometida (cumplimiento) o asumía los daños que su privación o inejecución acarrearían al acreedor. De ese modo, la obligación incumplida se perpetuaba a no ser que el deudor acreditara estar imposibilitado de pagar. Este impedimento reconoce como causa a un evento imprevisible o inevitable –el caso fortuito o la fuerza mayor–, cuya valoración dio lugar a un debate prolongado desde el siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX pues primariamente se identificó con la simple ausencia de culpa (lo imprevisible e inevitable era la inimputabilidad en el acaecimiento de ese hecho), para luego diferenciarse de aquélla como un juicio abstracto y objetivo de lo que es imposible de ser cumplido para cualquier persona (no ya el deudor) en la generalidad de los casos (no ya para la situación concreta en la que la obligación debía ser ejecutada).

De ese modo, la causa ajena que es el caso fortuito o la fuerza mayor, conforma ese límite a la responsabilidad del deudor, de modo calificado, pues lo imprevisible o lo inevitable se dirige a impedir el pago de la prestación, en tanto ésta última se hace imposible.

El rol de la imposibilidad de cumplimiento como única causal de exoneración del deudor caracterizan a la responsabilidad contractual como un mecanismo simplificado de pago: o la prestación se ejecuta o se deben los daños e intereses relativos a la misma (*id quod interest*) salvo un caso fortuito que impida el pago.

El Código Civil y Comercial trata a la imposibilidad de cumplimiento como un modo extintivo de las obligaciones.

Conforme al esquema planteado por el art. 955 C.C.C., la prestación comprometida no ejecutada mantiene su existencia hasta tanto se produzca su imposibilidad de cumplimiento. En este caso, si el impedimento deriva de un caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extinga; si aquél es imputable al deudor, el vínculo genera la responsabilidad civil de aquél.

La innovación introducida por el Código Civil y Comercial ha sido la inclusión de la imposibilidad de cumplimiento dentro de la materia de las causas ajenas como otra eximente.

El art. 1.732 C.C.C. alude a la imposibilidad de pago como eximente del incumplimiento obligacional. Específicamente esa norma reza: *“El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”*.

Como tal, aparecería como una causa ajena propia de la responsabilidad contractual, a pesar de la unificación de los sistemas de reparación. Precisamente, una unificación de las órbitas contractual y extracontractual admite a las mismas eximentes en sendos órdenes, lo cual en materia de relación causal se refiere al caso fortuito, a hecho de la víctima o al hecho de un tercero extraño. Entonces, ¿constituye la imposibilidad de cumplimiento la única eximente fundada en la ruptura del nexo causal admisible para la responsabilidad contractual o además se admiten a las restantes causas ajenas?

A esa perplejidad se le suma que la imposibilidad de cumplimiento ha sido regulada como un modo extintivo de las obligaciones en los arts. 955 y 956 C.C.C. , para luego ser retomada a continuación del hecho del damnificado, caso fortuito y hecho de un tercero ajeno, en el art. 1732 C.C.C., dentro de la materia relativa a las causas ajenas.

A ello se añade que el art.1733 C.C.C. determina las condiciones exigidas a los fines de eximir de responsabilidad, fijándose reglas idénticas y comunes tanto para el caso fortuito como para la imposibilidad de cumplimiento.

Esa duplicidad en la regulación, la inclusión de la imposibilidad de pago dentro de las eximentes propias a la ruptura del nexo causal y la asimilación de su régimen jurídico al del caso fortuito evidenciarían que sería una causa ajena exclusiva de la responsabilidad contractual.

De ser así, la alusión al caso fortuito en el ámbito contractual devendría inoperante por estar subsumido en la imposibilidad de pago o definiría una causa ajena diferenciada de ésta.

Una y otra solución conlleva a incoherencias en el sistema.

Es claro que la imposibilidad de cumplimiento se estructura y subsume al caso fortuito. Tanto el Código de Vélez (art. 888) como el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 955 y 956), así la definen.

El problema de la regulación seguida en este último radica en la redundancia normativa que lleva a una remisión circular de normas, lo cual evidencia o bien una tautología, o bien una incoherencia con serias dificultades interpretativas.

Efectivamente, el art. 1732 C.C.C. declara que la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida exime de responsabilidad al deudor. Pero el art. 1733 C.C.C. fija las condiciones bajo las cuales es invocable la imposibilidad de cumplimiento y el caso fortuito, en este supuesto como una causa ajena.

Entonces, si el caso fortuito configura a la imposibilidad sobrevenida (conf. el art. 955 C.C.C.), es redundante y tautológico requerir que esta última reúna las condiciones de eximición para el primero (conf. art. 1733).

Salvo que se trata de dos figuras distintas: uno sería el caso fortuito reglado como elemento del modo extintivo (art. 955) y otro al que especifica la causa ajena (art. 1730).

Si se sigue esta última inteligencia, la regulación seguida en el Código Civil y Comercial agrava la perplejidad porque al tratar las eximentes de la responsabilidad civil se han incluido dos parámetros para calificar a la imposibilidad de cumplimiento, “las exigencias de la buena fé y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos” (art. 1733), que estaban ausentes al tratarse el impedimento de pago como modo extintivo de las obligaciones.

La concurrencia (y superposición) de esas figuras estaba justificada en el Código de 1871, para el cual la responsabilidad contractual definía un sistema en el que la exigibilidad de la prestación comprometida o su sustitutivo en dinero (los daños y perjuicios del art. 505 inc. 3º Cód. Civ.) reconocían como único límite a la imposibilidad de pago (art. 888 y siguientes del Cód. Civ.), mientras que en el ámbito extracontractual esta última figura carecía de operatividad, siendo el caso fortuito la causa ajena relevante.

Sin embargo en un régimen unificado de responsabilidad, tal como es el seguido por el sistema del Código Civil y Comercial, el tratamiento del caso fortuito o la fuerza mayor debe ser unívoco, sin perjuicio que al momento de reglar la imposibilidad de cumplir en materia obligacional se remita a las reglas de la causa ajena, mas no duplicar esa figura ni adicionarle requisitos diversos a la ruptura del nexo causal como es la apelación a la buena fé o al ejercicio irregular de los derechos.