

“La responsabilidad civil como causa fuente de la obligación de reparar”.

Gastón L. Medina¹.-

“Sólo una cosa hay peor que el error: la perseverancia en él”.

Sumario: I. Introducción. II. La antijuricidad como elemento unificador. III. La responsabilidad como fuente, única y autónoma, de la obligación de reparar. IV.- Conclusión. V.- Bibliografía.

I.- Introducción.

Durante muchos años, a contrario sensu de lo aconsejado por prestigiosos juristas², se dijo y se enseñó, que en materia de responsabilidad civil había dos

¹ Abogado (UNLP). Especializado en Derecho Social (UNLP). Profesor Asociado de Derecho de Daños; profesor Adjunto de Teoría de la Persona y de Teoría del Contrato en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UAI. Profesor Auxiliar Ordinario de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y en la Facultad de Derecho de la UBA. Ex profesor Adjunto y ex profesor Jefe de T.P de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNPAM. Diplomado en Derecho Romano (UAI). Miembro fundador, ex Secretario y Subdirector del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Miembro del Instituto de Derecho Romano del CPACF. Miembro del instituto de Derecho Laboral del CALP. Doctorando en la carrera de “Doctorado en Ciencias Jurídicas” de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Investigador; disertante; publicista.

² Entre ellos, Ricardo J. Cornaglia y Moisés Meik, fueron los primeros en propiciar la unicidad del instituto de la reparación, bajo lo que denominaron “fenómeno de la pluridimensión de la responsabilidad”, con fuente en la amplitud y eficacia del principio de indemnidad y a través de la operatividad múltiple y complementaria de acciones. Conf. Cornaglia R. (2006); op. cit.

ámbitos bien definidos. Dos regiones extrañas; separadas por un río sin “Caronte”³.

Así, la “responsabilidad contractual” y la “extra-contractual”, se hallaban separadas por un “abismo” infranqueable; de igual modo: la “prevención” de la “reparación”.

Suele afirmarse, que el origen de este “abismo” se remonta a la tradición de la escuela francesa, lo cual, es correcto, aunque sea en parte. En rigor, los franceses continuaron el error incurrido, siglos atrás, por los comentaristas del Corpus Justiniano (Escuela de Bologna; s. XI y s. XII).

Los monjes, fundadores de la primera universidad de occidente (año 1088), tropezaron, diez siglos después, con la célebre clasificación del jurista romano Gayo (s. II) sobre las obligaciones⁴, según la cual, “todas las obligaciones derivan o de un “contraimiento” o de un “delito”. Pero, cabe señalar, entre el “contraimiento” de Gayo y el “contrato” de los iusnaturalistas bologneses y los racionalistas franceses, existen grandes diferencias.

Mientras el primero (“contraimiento”) refiere, ampliamente, a “todo modo voluntario y lícito de adquirir obligaciones” (por las palabras; por la escritura; por la entrega de la cosa; o por el simple consentimiento)⁵; el segundo (“contrato”), restrictivamente, refiere sólo a uno de ellos: el modo consensual; más específicamente: “al acuerdo de voluntad”.

³ El mítico barquero de la Comedia Dantesca, quien trasladaba a las almas a través del río Aqueronte y la laguna Estigia.

⁴ Institutas. III. 88: “*obligationem ex uel contractus ex uel delictum*”.

⁵ Institutas. III. 89.

Ello, tuvo por consecuencia que toda “causa voluntaria y lícita” de obligaciones, fue identificada con la “responsabilidad contractual”, mientras que, toda “causa involuntaria e ilícita” fue asimilada a la “extracontractual”.

De este error primigenio, la escuela francesa hizo culto, tanto así, que cuando leemos el exquisito tratado de Pothier R.⁶, observamos que, luego de definir a la obligación, en lugar de continuar con el desarrollo de la Teoría general de la misma, comienza a desarrollar la Teoría general del Contrato, al punto que ambos conceptos, sus elementos y sus efectos, llegan a confundirse.

Vélez, insigne romanista, no fue ajeno a este error exegético. Razón por lo cual, siempre desdeñó ambas categorías de responsabilidad en su magna obra codificadora, donde ni se la menciona, salvo escasas veces y sólo en un sentido vulgar, más que técnico-jurídico. Conocía muy bien, que la clasificación “gayana” era sobre las obligaciones (efecto), jamás sobre la responsabilidad (causa).

Así, el río revuelto y turbio de la confusión siguió su curso décadas, al menos, hasta la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación; cuando el yerro fue, medianamente remendado, a través del actual artículo 1716 y sus implicancias.

Pasando por alto la rúbrica poco feliz que preludia la definición contenida en la norma citada (“1716. *Definición. Deber de reparar*”)⁷, que preferimos atribuir a un error material involuntario del reformista, motivado, quizá, por cuestiones propias a la administración del tiempo o a la organización del trabajo; podemos

⁶ Pothier R. (1839); op cil. pág. 204.

⁷ Como resistiéndose al cambio; casi claudicando a la perseverancia en el error.

afirmar que hay, en ella, un intento respetable de síntesis unificadora a partir de esa “especial ilicitud” que, en materia de responsabilidad, configura la “antijuricidad”.

El presente estudio, modesto intento, pretende sembrar las bases sobre las que se asiente la superación a la eterna aporía, en torno al múltiple y contradictorio sentido que, la tradición doctrinaria, ha atribuido a la responsabilidad, al regularla dentro de las “Otras fuentes de las obligaciones” (Título V del Libro Tercero; C.C y C.N) y, al mismo tiempo, dentro de la “Teoría general de la obligación” como “efecto de la misma” o, peor todavía, como “efecto del efecto”.

Corresponderá al lector, juzgar la eficacia en la consecución de nuestro aserto.

Pensamos, que dicha concepción está arraigada y constará muchos años y no menos esfuerzo, su superación. Al tratarse de un yerro lógico, es decir, de un error de síntesis; su remiendo o corrección sólo puede lograrse merced a la reconstrucción lógica de una nueva unicidad conceptual que nutra, al instituto de la reparación, desde nuevas raíces.

Por ello, entre los males que ha tenido el actual Código Civil y Comercial, quizá, haya un acierto, tan relevante que ha sido capaz de justificar la derogación absoluta del monumento jurídico Velezano, a saber: La unicidad del instituto de la reparación⁸, mediante el elemento antijuricidad.

⁸ No sólo de la clásica división entre responsabilidad contractual y extracontractual, sino también, entre la responsabilidad preventiva y la resarcitoria.

A dicho elemento “unificador”, nos referiremos a continuación.

II.- La antijuricidad como elemento unificador.

Cuando se recuerda al genio romano, suele hacérselo desde las cuatro figuras citadas por aquel gran romanista español Alvaro D’Ors, a saber: El contrato, la posesión, el testamento y el justo título, lo cual, es claramente correcto. Sin embargo, se comete una injusticia con una figura que, con creces, se ha ganado un lugar en la piedra “Rostra” de genialidades romanas; me refiero al instituto de la reparación.

Quizás, por no haber proliferado en los textos antiguos el término “responsabilidad”, sino sólo muy tardíamente y siempre a la sombra de la obligación (*ob-ligatio; ob-ligationem*), lo cierto, es que ha quedado un tanto olvidada la insoslayable contribución que el derecho romano ha significado para la teoría moderna de la responsabilidad civil.

Influencia romana, que se visibiliza con meridiana claridad, a través de tres principios o ideas fundamentales que han pervivido, fuertemente, en la modernidad, a saber: i. Indemnidad. ii. Causalidad; y iii. Antijuricidad.

i. Sobre la “indemnidad”, consagrada a nivel constitucional en el art. 19 de nuestra Carta Magna, con rango de garantía fundamental y principio general; al establecerse la “prohibición de dañar” los bienes ajenos y lesionar la persona de otro; regulado a nivel infraconstitucional a partir del arts. 1708 a 1780 del actual Cód. Civ. y Com.; basta decir que, este principio fundante y madre de todo el

moderno “Derecho de Daños”, no hubiera sido posible sin la previa concepción de la máxima de Ulpiano “*alterum non laedere*”, receptada por Digesto (1.1.10.1) e Institutas (1.1.1.3), ambas de Justiniano.

En este sentido, el propio texto del actual art. 1716 del C. Civ. y Com. es contundente, al definir a la responsabilidad civil como la “...violación al deber de no dañar a otro...”; expresión literal de aquel aforismo.

ii. Que decir de la “causalidad”, fruto de la profunda elaboración jurídica de los Jurisprudentes del período Clásico (siglos I a III), conjuntamente con el dinamismo del derecho edictal de los pretores peregrinos, por todo lo cual, se logró vencer el obstáculo de la exigencia de “dolo” de la Ley de las XII Tablas (en sus formas: “*Contumelias*” o lesión física; “*infamia*” o lesión al honor y “*Carmen furiosus*” o maleficio sobre personas, cosas o lugares) y, asimismo, se logró superar el requisito de la “acción u omisión directas”⁹ (“*corpore corpori datum*”), del agente dañoso, mediante la novedosa idea de “*conditio sine qua non*”.

A partir de entonces, el único “dolo”, la única “culpa” (ya “*in-eligendo*”; ya “*in-vigilando*”) el único “riesgo”, que importarán, será: el “dolo”, la “culpa” o el “riesgo”, que sean “causa determinante” del daño; sin la cual, éste no hubiera acontecido, ni fuere probable su suceso. Vemos aquí, la clara raíz romanista, de lo que siglos más tarde, se conocerá, bajo el nombre de “nexo causal adecuado”, ícono de la atribución “objetiva” de responsabilidad.

⁹ Primigenia y elemental forma de causalidad.

iii. Finalmente, llega el turno a la “antijuricidad”; razón de ser del acápite y, sin la cual, la responsabilidad pierde esencia constitutiva, unicidad conceptual y autonomía fontal.

En relación a este elemento, veremos que la influencia del derecho romano ha sido insoslayable; siendo prueba de ello la romana idea de “*in-iuria*”, más precisamente, la “*in-iuria*” receptada a partir de la Lex Aquilia (año 286 a.C); que identificó al concepto con “todo daño injustamente causado” (“*damnum iniuria datum*”).

En igual sentido, el actual artículo 1717 del C. Civ. y Com., define a la “antijuricidad” como “*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro (es antijurídica) si no está justificada*”.

Sentado lo dicho, la identidad entre la “*in-iuria*” Aquiliana y la “antijuricidad” del C. Civ. y Com. resulta incontestable. Ambas ideas (“*iniuria*; antijuricidad”), son prueba cabal de un cambio de perspectiva; no centrada ya en el “dañante” sino en el “daño”¹⁰; no funcional al “castigo” sino a la “reparación” del “*status quo anque*”, ante la necesidad de recomponer el estado de normal indemnidad o equilibrio alterado por el daño potencial, o actual.

Pero, no sólo a nivel conceptual se aprecia la influencia latina, sino asimismo, a nivel unicidad. Puesto que, así como la “*injuria*” Aquiliana contribuyó a unificar el instituto de la reparación mediante la superadora idea de “*damnum iniuria datum*”; de igual modo, los actuales artículos 1716 y 1717 del actual código, han unificado, mediante la noción de “antijuricidad” (“daño injustamente

¹⁰ Conforme Cornaglia R.; op cit.

causado”), la tradicional división entre “responsabilidad contractual” y “extracontractual”, que parecía insuperable¹¹.

La reforma ha caracterizado a la “antijuricidad”, de “objetiva” y “material”.

“Objetiva”, puesto que en principio, requiere para su configuración, la producción de un “daño cierto y concreto”, es decir, sobre el que se tenga “certeza objetiva” de la afectación perniciosa a un derecho subjetivo, o a un interés no reprobado jurídicamente, ya individual, ya de incidencia colectiva (art. 1737 C.C y C.N). Sin embargo, a la luz de la actual “función preventiva de la responsabilidad” (arts. 1708 y 1710 del C.C y C.N), el “daño objetivo”, no necesariamente debe ser “actual”; siendo suficiente su configuración “potencial”; mediante la creación de un “riesgo razonable” que haga previsible el acontecer dañoso (arts. 1710 y 1711 del C.C y C.N).

Lo dicho, nos obliga a una re-lectura del actual artículo 1737 del C. Civ. y Com. que define al “daño resarcible”¹²; puesto que, ahora, merced a la noble función preventiva, dentro del concepto de “daño resarcible” debemos incluir al “daño potencial”, siempre que resulte “cierta” su producción, es decir, “previsible” o “razonable”, desde el punto de vista “objetivo”.

El elemento unificador (antijuricidad) también es “material”; puesto que su configuración “no exige” la transgresión a una prohibición normativa

¹¹ Más adelante, veremos que, asimismo, contribuyó a la unificación de las llamadas responsabilidad “resarcitoria” y “preventiva”.

¹² Art. 1737 C.C y C.N: Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

“expresa”; siendo suficiente la simple violación al “principio general que prohíbe dañar” (principio y garantía de indemnidad; art. 19 de la Const. Nac: “*alterum non aledere*”).

Así, a buena hora, la reforma ha concluido, en que toda violación al deber de no dañar, “presume antijuricidad”, es decir, “transgresión material al Derecho”; salvo que se cuente con una causal de justificación. Esta presunción, es justo reconocerlo, también se debe al genio romano¹³.

De este modo, ya sea mediante el incumplimiento (no-pago) de una obligación preexistente (cualquiera sea su origen: contractual; unilateral; legal); ya bien, a través de cualquier conducta “riesgosa” (art. 1708; 1710 y 1711 del C.C y C.N), o “dañosa” (arts. 1716 y 1737 del C.C y C.N); siempre que conlleve violación al imperativo categórico de Ulpiano (“*alterum non laedere*”), que prohíbe dañar y que establece el deber, en cabeza de todo habitante, de evitar todo daño, no agravarlo, ni continuarlo; estaremos ante la “responsabilidad civil preventiva o resarcitoria”, respectivamente; siempre y cuando no concurra ninguna causa legal y objetiva de justificación (art. 1717; 1718 del C.C y C.N) capaz de romper aquella presunción.

Por lo expuesto, podemos afirmar, que la “antijuricidad” del actual Código es una especie de “ilicitud”, propia, específica y característica de la responsabilidad civil; siendo el “elemento unificador” del instituto de la reparación, en todo su concepto y función.

¹³ El pasaje del Corpus: Digesto. Ulpiano. 9.2.5.1, expresamente dice “sed quod non iure factum est, hoc est contra ius”; esto es, “que todo daño se presume hecho contra el ius”. La reminiscencia romanista es notable.

III.- La responsabilidad como fuente, única y autónoma, de la obligación de reparar.

Para el espíritu de la reforma, la responsabilidad civil es una y uno su concepto. Siendo prescindibles la coyuntura “contractual” o “extracontractual” de su acontecer¹⁴, así como la “función preventiva” o “resarcitoria” que le quepa, tanto como la índole “lícita” o lícita” de la actividad¹⁵ en que acontece el riesgo o el daño.

A partir del actual Código¹⁶, la responsabilidad civil debe ser entendida como “todo incumplimiento-antijurídico-imputable, al deber de no dañar, ya bien mediante la creación de un perjuicio potencial (riesgo), ya bien mediante su producción actual y efectiva (daño)¹⁷, del cual deriva la obligación de reparar el riesgo, o el daño, causados; su agravamiento, o su continuación, según el caso”¹⁸.

A esta razón fundamental, debemos la ordenación metodológica del actual Código en la materia, al incluirla en el Título V del C. Civ. y Com, como “*Otras fuentes de las obligaciones*”, a partir de su primer capítulo intitulado “*Responsabilidad civil*”.

¹⁴ En este sentido, Cornaglia R. (2006); op. cit.

¹⁵ Vemos aquí, tal vez, la superación a los dilemas vinculadas a la responsabilidad por daños acaecidos en ocasión de actividades lícitas.

¹⁶ En rigor de verdad, desde siempre.

¹⁷ En el caso bajo análisis, mediante el no-pago de una obligación preexistente.

¹⁸ Se logra apreciar, en esta definición de responsabilidad, nuestro intento de unicidad del instituto de la reparación a través de una síntesis dialéctica superadora.

Finalmente, se ha comprendido, que desde el preliminar riesgo ya estamos ante la violación potencial a la regla que prohíbe dañar; sin que sea menester su acontecer real y efectivo que, justamente, es lo que se quiere evitar; siempre y cuanto, claro está, que el peligro sea “concreto o cierto, inminente o razonable; siempre injusto”.

Lo contrario, esto es, la necesidad de “daño actual y efectivo” (como única forma de daño concreto o cierto), importaría un nivel de protección menor al logrado mediante la lógica de la prevención, por la cual se interpreta al “deber de no dañar” como un principio (indemnidad) consecuente al de “buena fe” e incluso del “deber de actuar en la vida con cuidado y previsión”, a fin de evitar, precisamente, la producción de riesgo o daño, injustos (arts. 9, 961, 991 y 1710, 1711 y 1716 del C.C y C.N)¹⁹

Solo bajo ésta hermenéutica, la responsabilidad adquiere auténtico sentido y verdadero alcance como instrumentos de pasificación social y garantía de indemnidad, que aseguren la plena realización de la persona humana en sociedad.

En esta línea del discurrir, afirmamos, que a partir del actual Código, la responsabilidad ya no sólo refiere a “toda violación antijurídica e imputable, al deber de no dañar”, sino asimismo, a “toda violación antijurídica e imputable, al deber de prevenir el daño”, siendo máxima expresión de ello, el art. 1712 del C.

¹⁹ El art. 961, en parte pertinente, refiere a la figura de “...un contratista cuidadoso y previsor”. Por su parte, el art. 1710, a su turno dice “...Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado...”

Civ. y Com., al reconocer una cautelar legal contra toda *“acción u omisión que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”*.

En rigor de verdad, fueron los romanos, dando muestras de su inagotable genio, los primeros en hablar sobre el “riesgo”, la “previsión” y su conveniente “prevención”; para lo cual, consagraron la figura de la *“cautio damni infecti”*: una cautelar contra los daños no ocurridos, pero previsibles y razonables; por la cual, el pretor otorgó un remedio preventivo contra toda causa de daño temido (*“damnum metus causae”*) como, por caso, el miedo de daño, causado por una obra nueva que amenace ruina (*“operis novis nunc”*. L.10 Dig: De operis novis...) o, más allá en el tiempo, en general, contra todo riesgo o peligro inminente o razonable, de daño causado, por cualquier otra cosa.

Que, si bien es cierto, el propio Vélez, en la nota al artículo 2499 del viejo Código, expresó las razones por las que prefería apartarse del reconocimiento de una acción preventiva como la *“actio damni infecti”*, a fin de librar a la Justicia de los múltiples males que, de un ejercicio abusivo pudieren resultar, igualmente cierto fue, el año 1968, mediante la ley 17711, la incorporación de un segundo párrafo al citado art. 2499, con el siguiente tenor: *“Quien tema que de un edificio o de cualquier otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”*²⁰. Siendo, así, por vez primera, receptada la acción por daño temido en el Código Civil Argentino.

Sentado ello, si bien el actual artículo 1708 del Cód. Civ. y Com., establece dos funciones para la responsabilidad civil: la prevención del daño y su reparación; lo cierto es que la responsabilidad civil es una sola; respondiendo a

²⁰ En igual sentido y alcance, quedó redactado, a nivel procesal, el art. 623 bis del CPCCN.

un mismo y único concepto. Sus dos funciones, en modo alguno importan, dos clases o especies del género responsabilidad, sino un desdoblamiento a nivel funcional.

A favor de esta tesis, se suma, que el actual art. 1716 del C. Civ. y Com., expresa que la responsabilidad civil, da lugar, en todos los casos, al “deber de reparar”; sin precisar el “contenido” de dicha “reparación”. Por qué razón, entonces, debemos comprender que sólo contempla la reparación por medio de una “suma de dinero” equivalente al daño y compensatoria del mismo (indemnización sustitutiva).

¿Acaso, quien restablece un estado de riesgo o daño potencial injusto, no está “reparando” dicho estado, previniendo? ¿Acaso, quien evita el agravamiento o, por caso, la continuación del daño injusto ya producido, no “repara” también el estado de normal indemnidad alterado? ¿Acaso, la norma citada, expresamente refiere a la indemnización como única forma de reparación?

Lo dicho, justifica una lectura “re-significante” sobre el actual artículo 1737 del Cód. Civ. y Com. Así, al definir el daño resarcible “*cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico*” (art. 1737 C.C y C.N), debemos hacer una interpretación armonizada con la norma del artículo 1717 del C. Civ. y Com., pero asimismo, con las normas de los artículos 1708, 1710 y 1711 del C. Civ. y Com., que amplían los supuestos de responsabilidad civil a “todo acto u omisión antijurídicos que hagan previsible la producción de un daño, su continuación, o agravamiento” (función preventiva)

En síntesis, aun en este plano preventivo, la responsabilidad civil sigue siendo “causa fuente, única y autónoma, de la obligación de reparar”; no ya, necesariamente, mediante un “resarcimiento económico” (indemnización), sino también, mediante el “restablecimiento de las condiciones de seguridad e indemnidad alteradas” por el “riesgo”, a fin de evitar que el daño acontezca, se agrave, o continúe²¹.

Por las elucidaciones precedentes, estamos en condiciones de afirmar la unicidad de la responsabilidad civil, cualquiera sea su índole, su función y su contexto; mientras estemos ante un “hecho idóneo”²², capaz de producir la obligación de reparar, ya el daño, ya el riesgo.

Lo contrario, es condenarnos a morir en la eterna aporía de la insensatez y la contradicción interna de un discurso epistemológico y exegético mal concebido. Una especie de enfermedad, degenerativa y crónica, sin estado terminal. Sencillamente, porque lo que es “causa de un efecto”, no puede ser, a su vez, “el efecto causado”, ni el “efecto de ese efecto”.

No obstante ello, todavía subsisten autores que pregonan, en el ámbito de la “responsabilidad contractual”, una responsabilidad concebida como “obligación de reparar”. Para así decir, recurriendo a la germana tesis obligacional del “vínculo jurídico complejo”, afirman que la responsabilidad civil

²¹ Por su parte, toda eventual erogación económica que se realice, será en concepto de “gasto” y tendrá por fin restablecer la seguridad y la prevención del daño, no su compensación; siendo ajeno a la índole indemnizatoria.

²² Art. 726: Causa. No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

es, asimismo, “uno de los segmentos, tramos, de la obligación”, activado por medio de incumplimiento (no-pago)²³.

Ahora bien, pensamos que dicha tesis, conocida por los sintagmas “debito” y “responsabilidad”, es incorrecta; siendo causa de múltiple confusión, toda vez que incluye entre los efectos de la obligación²⁴ a un efecto propio del autónomo hecho de su incumplimiento: la obligación de reparar.

Por ello, Jorge J. Llambías²⁵ (1973), soslayó siempre la teoría germana, no incluyendo en la definición de obligación, el tramo de la responsabilidad²⁶. Por el contrario, en su tratado, expresa que si bien es posible la obligación sin “responsabilidad”, cuyo ejemplo, es la especie “obligación natural”²⁷, por el contrario, resulta imposible concebir una obligación sin “débito” (deber de conducta prestacional), lo que deja en claro, que es éste y no aquel, el elemento esencial y estructural de toda obligación.

Para mejor comprender el origen del error y de su perseverancia, debemos circunscribirnos al ámbito de la llamada “responsabilidad contractual”; puesto

²³ En este sentido, Martínez J.P (2016) expresa “...la falta que ocasiona el no pago no puede causar, en tanto se transita una de las etapas de la obligación, el nacimiento de una nueva obligación...” Op. cit. pág. 70. Cabe señalar que, en principio, dicho autor ha cambiado su postura en un reciente trabajo publicado en la Rev. RCCyC, Nro. 9, octubre 2021, de Editorial La Ley; en donde adecua sus primeros lineamientos a los de la tesis aquí expuesta.

²⁴ En ese sentido, se habla de “efecto del efecto”.

²⁵ Ha sido este gran jurista nacional, Jorge Joaquín Llambías y, luego, otros autores, como Ernesto Wayar, quienes han afirmado la eficacia novatoria del “no-pago” y, con más fuerza, la del “pago por tercero”.

²⁶ En igual sentido la definición de las Institutas del Corpus Justiniano, que siguen los comentaristas y la doctrina autoral nacional.

²⁷ Actual “deuda moral” prevista en el art. 728 del C.CyC.N.

que en dicho contexto, es donde la marcha del discurso se empantana hasta perder su curso, definitivamente, hundido en lo lodazal de la incoherencia.

La atribución, por el actual Código Civil y Comercial., de los efectos propios del “cumplimiento” (pago)²⁸ de una obligación²⁹, a la “obligación cancelada”³⁰ o, peor aún, al contrato que le dio vida, es síntoma claro de un mal³¹. De igual modo, ocurre, con el “incumplimiento” de una obligación (no-pago), que suele atribuirse, por mismo yerro lógico, a la “obligación impaga”³², tanto así, que se llega a considerar a la responsabilidad como el “efecto del efecto”, esto es, un efecto “accidental o anormal”³³ nacido de la propia obligación incumplida; una fase “patológica” de la misma relación obligacional³⁴.

En esta línea del pensar, por lo general, se define a la responsabilidad civil como “la obligación de reparar”, soslayando que, en rigor, la responsabilidad es “causa fuente, única y autónoma”³⁵, de la obligación de reparar; jamás efecto.

Del análisis (entre otras normas) de los actuales artículos 724 y 777 del C. Civ. y Com., se logra apreciar, claramente, el “meollo” de la confusión; también, la urgente necesidad de solucionarlo en base a una re-significación exegética,

²⁸ Art. 880 CCyCN: Efectos del pago por el deudor. El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y lo libera.

²⁹ Llamados efectos generales o normales.

³⁰ Art. 731 CCyCN: Efectos con relación al deudor. El cumplimiento exacto de la obligación confiere al deudor el derecho a obtener la liberación y el de rechazar las acciones del acreedor.

³¹ Por cierto, aunque nos pese, heredado del Código Velezano.

³² Art. 724 del CCyCN: “...y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”. En igual sentido, los artículos 730 inc. c); y 777 inc. c) del CCyCN.

³³ En contraposición al efecto general o normal de su cumplimiento.

³⁴ Resuena el eco de la teoría alemana del vínculo jurídico complejo, que une “débito” y “responsabilidad”.

³⁵ Sobre estos caracteres daremos cuenta en los acápite siguientes.

cuyo desafío, nos recuerda el intento de reconstrucción de las sentencias de Cumas³⁶.

Así, el actual C. Civ. y Com., al tiempo de regular sobre la Teoría general de la obligación y, luego de definirla en su artículo 724, *in fine* agrega: "...y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés". Incurriendo en el grave error de atribuir los efectos propios de la "responsabilidad", a la "obligación" insatisfecha; invirtiéndose el sentido, la dirección natural, de la lógica causal.

Que, de igual modo, el actual artículo 777 del C. Civ. y Com., atribuye a la obligación el efecto de su ejecución forzada, al otorgarle al acreedor el derecho a reclamar los daños y perjuicios (inc. "c")³⁷. Y, ello, no obstante la diáfana expresión del texto normativo cuando refiere, a su inicio, a "...El incumplimiento imputable de la prestación..." que, como ya hemos explicado, configura, precisamente, la "responsabilidad civil"; no la "obligación" ni a sus efectos.

Como fue mencionado, la doctrina autoral ha sostenido, tradicionalmente, que los hechos jurídicos de "pago" y "no-pago" son efectos propios ("generales" y "accidentales", respectivamente) de toda relación obligacional.

En rigor de verdad, pensamos que ambos supuestos ("pago"; "no-pago") son hechos jurídicos autónomos frente a la obligación, pues tienen una causa

³⁶ "Así, al viento, en leves hojas se perdía la sentencia de la Sibila"; como escribiera Dante en su Comedia.

³⁷ En igual sentido, el inc. c) del actual art. 730 del CCyCN al regular los efectos de la obligación con relación al acreedor.

eficiente propia, distinta a la relación obligacional en sí, con la cual, sólo conservan una relación de “referencialidad”, jamás de “pertenencia”.

Así, separando al “pago”³⁸ y el “no-pago”³⁹, de la obligación; independizando ambos hechos de los efectos de aquella, e identificando su causa y sus consecuencias propias, intentaremos superar la eterna aporía en relación a la supuesta “doble” naturaleza de la responsabilidad civil: “causa” y “efecto” simultáneo, de la obligación.

Si bien, conforme nuestra tesis, “pago” y “no-pago”, tienen en común el mismo efecto jurídico, a saber: la extinción de la obligación originaria y sus accesorios; son muchas más sus diferencias. Mientras el “pago”, al ejercerse un derecho, campea en lo “jurídico”⁴⁰; el “no-pago” transita el campo de la “antijuricidad”; configurando ya un “cuasidelito”, o “delito civil”, ya un “delito penal”, según la gravedad del caso.

Asimismo, mientras el “pago” configura un acto jurídico emanado de la “voluntad subjetiva” del deudor⁴¹, con una perfecta y directa “intención” extintiva; por el contrario, el “no-pago”, haya su eficacia en la “voluntad objetiva” de la ley, operando por medio de una “novación objetiva” de origen legal (arts. 933 y 941 del C.C y C.N). Como ya sabemos, la extinción opera en la novación, mediante la transformación de una obligación originaria en otra nueva, que la reemplaza y cuyo objeto (prestación) será, en el caso de la responsabilidad

³⁸ Art. 865 del CCyCN: Definición. Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

³⁹ Uno de los supuestos de la responsabilidad civil.

⁴⁰ El art 731 habla de un “derecho a obtener la liberación” o, lo que es igual, un “derecho de pago”.

⁴¹ El llamado “pago por tercero” no configura en sentido técnico un “pago”, sino por contrario, un caso de novación compuesta (subjetiva-objetiva) de origen legal.

civil (no-pago), la reparación del riesgo o daño, injustamente causados. , y que reemplazará a la anterior.

A esta diferencia, se suma otra. Mientras que al “pago” (art. 865 del C.C y C.N) suceden la extinción de la obligación con accesorios y la consiguiente liberación del deudor; no corre misma suerte, la extinción que opera por el “no-pago”, mediante la novación legal, ya que el deudor continúa sujeto a su “*status-debitori*” hasta la satisfacción total de la “nueva” obligación de reparar, nacida a la luz del propio incumplimiento, es decir, a causa de la responsabilidad civil.

Pero esto no significa, bajo ningún aspecto, que la obligación originaria se ha “perpetuado” en otra prestación, sencillamente, porque esa no es la eficacia o efecto del instituto novatorio, sino la extinción de la relación obligacional. La obligación originaria, ya es pasado. Los intereses moratorios y/o punitivos pactados; el valor afectivo o artístico de la cosa objeto de la prestación; la naturaleza “intuito-personal” del deudor; etc; no deben considerarse como efectos propios de la “vieja” obligación subsistente, vigentes o perpetuados en el contenido prestacional de la “nueva” obligación de reparar; sino que su consideración ulterior halla fundamento en el principio de indemnidad y su correlato con el de reparación plena o integral (artículo 1740⁴² s.s y c.c del C.C y C.N). De modo que, la “prolongación” en el tiempo de ciertos efectos de la obligación originaria, más allá de su extinción, sólo será a consecuencia de la injerencia de los principios generales de buena fe, indemnidad, integridad, inviolabilidad patrimonial, entre otros principios y reglas de derecho.

⁴² La norma dispone: “1740°: Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena...”

Analicemos, ahora, la norma contenida en el actual art. 955⁴³ del C. Civ. y Com.⁴⁴, que regula sobre dos supuestos de extinción de la obligación por causas sobrevinientes, que hacen imposible, absoluta y definitivamente, su cumplimiento, a saber: 1) Imposibilidad-sobreviniente-objetiva-definitiva. 2) Imposibilidad-sobreviniente-subjetiva-definitiva.

La diferencia entre ambos casos, consiste en la falta de culpabilidad (imputabilidad subjetiva) en el primero, y su presencia en el segundo. De esta primera distinción, surgen otras. Mientras que la “imposibilidad-sobreviniente-objetiva”, absoluta y definitiva, extingue la obligación principal con sus accesorios y libera al deudor, como si fuera un pago⁴⁵; por contrario, la “imposibilidad-sobreviniente-subjetiva”, absoluta y definitiva, extingue la obligación por novación (“legal”), modificando a la obligación desde su objeto (“objetiva”) y convirtiéndola en otra (nueva) obligación que la reemplaza, esto es: la “obligación de reparar”.

Esta nueva obligación (de reparar), cuya causa autónoma es la responsabilidad civil, tiene por derecho correlativo del acreedor, la facultad de exigir el pago de los daños y perjuicios (indemnización) causados (función resarcitoria), o bien, la facultad de exigir la toma de medidas de prevención, morigeración y/o cese del daño (función preventiva).

⁴³ La norma dispone: “955°: Definición. La imposibilidad sobreviniente, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

⁴⁴ En igual sentido (caso de doble regulación), el tenor de los arts. 1732 y 1733 del C.C y C.N.

⁴⁵ He aquí, la razón del binomio “pago - imposibilidad objetiva definitiva”.

Podemos esquematizar, los distintos supuestos de extinción de obligación mencionados, del siguiente modo:

Binomio 1) extinción por: “pago” (voluntad); o “imposibilidad-sobreviniente-objetiva” (casus).

Binomio 2) extinción por: “no-pago” (novación legal); o “imposibilidad-sobreviniente-subjetiva” (novación legal).

Cada binomio, está integrado por un par de “actos y/o hechos”, jurídicos y autónomos respecto de la obligación, sus causas y sus efectos. Así, los efectos jurídicos del pago, si bien guardan una relación estrecha con la obligación que cancela, son del pago, no de la obligación extinta por éste. Sin embargo, tanto el Código Velezano (art. 505, inc. 1.), como el actual C. Civ. y Com. (arts. 730 y 777 del C.C y C.N), han perseverado en el error de atribuir los efectos propios del pago (art. 880⁴⁶ del C.C y C.N) a la obligación cancelada. En este sentido, el art. 731 del C.C y C.N, refiere al “derecho de liberación del deudor” como un efecto propio de la obligación en relación al deudor, reiterando el yerro lógico de hacer nacer de la obligación consecuencias jurídicas propias del hecho autónomo extintivo de pago.

En suma, ni el “pago”, ni la “imposibilidad-sobreviniente-objetiva-definitiva” equiparable a aquel, son efectos propios de la obligación (sí, el “derecho al pago”, y el “deber de pagar”). De igual modo, ni el “no-pago”, ni la

⁴⁶ La norma dispone: “880°. Efectos del pago por el deudor. El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y lo libera.

“imposibilidad-sobrevenida-subjetiva-definitiva”, equiparable a aquel, son efectos propios de la obligación insatisfecha.

Sentado ello, la atribución de los efectos del pago y del no pago a la obligación satisfecha o insatisfecha, respectivamente, resulta incoherente y falto de razón. Lo contrario, implica, la atribución de efecto extintivo a las obligaciones, lo cual resulta absurdo, y una confusión fenomenológica inexcusable.

Así, mientras la “imposibilidad-sobrevenida-objetiva-definitiva”, opera por “casus”⁴⁷, que se asimila al pago, dando lugar a la extinción del crédito y consiguiente liberación del deudor; por el contrario, la “imposibilidad-sobrevenida-subjetiva-definitiva”, opera por “novación objetiva legal”, asimilándose al “no-pago” imputable, dando lugar, ambos supuestos, a la extinción del crédito por transformación de su objeto, más sin la consiguiente liberación del deudor, por efecto legal.

Para mejor comprender la tesis expuesta, resulta menester, una breve referencia a cuestiones propias de la teoría general de la obligación; más precisamente, a sus efectos jurídicos.

Toda obligación (relación jurídica intersubjetiva) coloca al acreedor en una posición jurídica (*status creditoris*), cuyo rol jurídico correspondiente, es la capacidad de derecho de ser satisfecho en un interés lícito o no reprobado por el ordenamiento jurídico (artículos 724, 730 y 777 del C.Civ. y Com). Éste configura el efecto propio, directo o inmediato, de toda obligación en relación al acreedor.

⁴⁷ Nominativo indicativo del “caso fortuito” y su equiparable “fuerza mayor”.

Ahora bien, puede que ocurra el “pago”; empero, puede acontecer el “no-pago”. En este sentido, podemos afirmar, sin temor a equívocos, que todo acreedor tiene “derecho al pago”, al igual que un propietario tiene “derecho a la posesión”, pero, en modo alguno, podemos inferir que ese derecho a ser satisfecho pueda asimilarse al hecho jurídico de pago mismo, como tampoco podemos identificar el derecho a la posesión con el hecho jurídico de la posesión misma. Y, esto es tan cierto, que hasta podemos encontrarnos con un propietario que ha perdido la posesión sobre la cosa de su pertenencia, quedando tutelado sólo mediante la acción petitoria o *rei-vindicatio*, que ejercerá contra el tercero poseedor, del mismo modo que un acreedor que no ha sido satisfecho en su interés ejercerá la acción civil contra el deudor remiso. Podremos afirmar, en este caso, que el propietario tiene derecho a la posesión, pero ésta, como hecho autónomo, ha sido perdida.

Por su parte, la misma obligación colocará al deudor en la situación jurídica (*status debitori*) de sujeción a un deber jurídico, particular y patrimonial, de conducta frente al acreedor, siendo dicho “deber de pago” su efecto directo e inmediato, en relación al deudor. Por ello, en modo alguno, este “deber” puede ser confundido con el “hecho” mismo de pago, ni sus efectos.

De modo que, cuando el Código de Vélez, y el actual Código (art. 731) prevé, entre los efectos de las obligaciones el “derecho del deudor de exigir su liberación y repeler las acciones del acreedor”, no hace más, que mal atribuir a la obligación efectos propios y normales del pago. El mismo error se observa al otro extremo de la relación obligacional, el acreedor, tal como fue explicitado.

Ambos estatus jurídicos (*debitori - creditori*), son las partes o centros de interés, que configuran los contrapuntos de una misma relación obligacional. Representan el binomio de correlación indisoluble, existente entre “deber - derecho”. Así, al derecho del acreedor a la satisfacción de su interés (derecho al pago), corresponde el deber jurídico a cargo del deudor de satisfacerlo (deber de pago o “débito”). Pero, error lógico mediante, la doctrina tradicional ha considerado parte integrante del binomio al derecho del deudor de exigir su liberación y repulsa de acción, mediante el pago y, ello, no obstante la claridad de la norma del artículo 731 del C. Civ. y Com., que expresamente atribuye esos derechos al hecho de “pago” (no a la obligación), en perfecta consonancia, con lo dispuesto por el artículo 880 del C. Civ. y Com., cuando dice: *“Efectos del pago por el deudor. El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y lo libera”*.

No quedan dudas. Los derechos de liberación y repulsa de acción resultan del “pago”, no de la obligación cancelada. Ello, sin perjuicio de la poco feliz expresión inicial del artículo 731 del C.C y C.N“(…) efectos con relación al deudor (...)”, en referencia al contenido de las obligaciones. Porque, así como el pago no puede, jamás, formar parte del contenido prestacional u objeto de una obligación, mucho menos podrán integrarla sus efectos. Puesto que si “pago” es el cumplimiento del “objeto” de la obligación, no puede ser, a su vez, el objeto mismo. De igual modo, el derecho a la reparación, en cabeza del acreedor insatisfecho o del damnificado por algún otro ilícito dañoso, nace de la responsabilidad civil, teniendo como contrapartida al correlativo deber de reparar, en cabeza del “responsable”.

Se ha dicho, respecto del término “responsable”, que configura un vocablo vulgar no aconsejable en el derecho, en cuyo ámbito resultaría pertinente hablar de “deudor”. En efecto, ello es correcto ante la obligación, pero frente a la responsabilidad civil, la cuestión cambia y el uso surge adecuado, ya que al tratarse aquella de una causa fuente autónoma, el deudor remiso (o el autor de otro ilícito) adquiere la nominación de “responsable” que, en sentido técnico-legal, refiere siempre a quien tiene a su cargo la obligación de reparar, nacida de su incumplimiento (no-pago), o de la “imposibilidad-subjetiva-definitiva” de cumplimiento.

VI. Conclusión:

Por los argumentos elucidados a lo largo del presente estudio, sobran motivos para concluir que la responsabilidad civil configura la causa fuente, única y autónoma, de la obligación de reparar, siendo digna merecedora de una Teoría General propia, separada de la teoría general de la obligación, a cuya sombra sobrevivió, entre errores y desventuras, hasta la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación.

Que, nuestra tesis sobre el concepto y alcance de la responsabilidad civil en el actual Código, ha sido confirmada; pudiendo ser expresada en la siguiente fórmula sintética:

FUENTE ----- CAUSA -----EFECTO.

En donde: "FUENTE" es el deber de no dañar (art. 19 Const. Nac; arts. 1716, 1717, 1718 y 1737 del C.CyC.N), inclusivo del deber de prevención (arts. 1708, 1710 y 1711 del C.CyC.N). "CAUSA", es la responsabilidad civil en todas sus funciones, comprensiva de "toda violación-antijurídica-imputable" de la "FUENTE", ya bien mediante el "no-pago" de una obligación preexistente, ya bien por medio de cualquier otro hecho o acto riesgoso o dañoso. "EFECTO", la obligación de reparar, ya el riesgo, ya el daño, injustamente causados.

V. Bibliografía:

- 1.- Bonfante, P- Ferrini, C- Fadda, C- Ricobbonno, R- Scialoja, G (1931). Digesta Iustiniani Augusti. Valliardi. Milano.
 - 2.- Código Civil y Comercial de la Nación (2014) 1° Ed. Erreius. Buenos Aires.
 - 3.- Código Civil de La Nación (1982). 3° Ed. A-Z Editora. Buenos Aires.
 - 4.- Cornaglia, R. J. (1992) Derecho de Daños Laborales. Némesis. Buenos Aires.
- _____ (2006) Un debate actual: Pluridimensión de acciones versus acción excluyente. Diario "La Ley". Buenos Aires.
- _____ (2018) La obligación contractual de resultado en la ley de riesgos 24557. En Revista de "Derecho Laboral y Seguridad Social", Lexis Nexis, p. 1963.

5.- Ghirardi, J.C. (2004) Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño (“damnum iniuria datum”; daño injustamente causado) y la responsabilidad extracontractual en el derecho Romano. En Anuario de Derecho Civil. ISSN-e. 2683-6920. Nro. 9. Pág. 121/129.

6.- Di Pietro, A. (1987) Verbum Iuris. (Introducción, traducción y anotación a las Institutas de Gayo a cargo del Profesor). Buenos Aires. Abeledo Perrot.

7.- D’Ors, A (1984) Cuatro logros del genio jurídico romano. EN: revista “La ley”. Buenos Aires.

8.- Llambías, J. J.; Raffo Benegas P.; Sassot R. A. (1977). Compendio de Derecho Civil: obligaciones. Buenos Aires: Perrot.

9.- Llambías, J. J. (1973). Tratado de Derecho Civil: obligaciones. Tomos I, II, III. Buenos Aires: Perrot.

10.- Martínez, J. P. (2016). La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sus dilemas. La Plata: Librería Editora Platense.

_____ (2021) Una aproximaciones a la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Rev. “RCCyC”. Nro. 9. La Ley. Buenos Aires.

11.- Medina, G. (2019). La responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación: La violación al deber de no dañar. En: Rev. “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”. UNLP. Nro. 49. La Ley. La Plata.

_____ (2022) La culpa: Un error de causalidad antijurídico. En referato ante el Comité Editorial de la Rev. “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”. UNLP.

_____ (2022) El Derecho y la Nada. En: Rev. "La Defensa". Revista en línea del Instituto de Estudios legislativos (IDEL) de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Nro. LXIX. Julio 2022.

12.- Picasso, S. (2013). La antijuricidad en el Proyecto de Código. Buenos Aires: La Ley.

13.- Pothier, R. (1839) Tratado de las obligaciones. Primera parte. Barcelona. Sociedad de Amigos Colaboradores. En: Versión digitalizada en <https://es.scribd.com/document/28682194/TRATADO-DE-LAS-OBLIGACIONES-PDF> (al 04/01/19).

14.- Pufendorf Von, S. (2015) Historia del Derecho Natural y de Gentes. Madrid. Versión digitalizada: Archivo <http://hdl.handle.net/10016/22079-HISTORIA-DEL-DERECHO-NATURAL-PDF> (al 04/01/19).

15.- Rivera, J.C. (2004) Instituciones de Derecho Civil: Parte general. 3ra. Ed. Abeledo Perrot. Buenos. Aires

16.- Wayar, E. C. (1990). *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma.