

## La responsabilidad objetiva es aplicable al derecho mercantil?

*Ariel Angel Dasso*

### Sumario

En las relaciones civiles, el riesgo es patología, en cambio es consustancial en las comerciales. En las relaciones civiles se admite inconcusos el principio de que quien pone el riesgo causa el daño en tanto que en las comerciales el riesgo que daña al acreedor es un factor inmanente a la propia relación. En la relación civil el acreedor por el daño causado es involuntario. En la relación comercial el acreedor asumió el riesgo de la pérdida del crédito por eso su valor nominal incluye de origen un porcentual que corresponde o cubre el eventual incumplimiento (daño) por lo que forma parte intensa de su propio contenido.

La teoría de la responsabilidad ingresa al debate doctrinario como una mera y lógica consecuencia de la tendencia que en materia de responsabilidad civil muestra la evanescencia de la doctrina de la “*responsabilidad subjetiva*” atribuida a DOMAT y a la escuela del Código de Napoleón (1808) fundada en la regla de la inexistencia de una responsabilidad sin culpa, que aceptada por VÉLEZ como factor de imputación, fue drásticamente sustituida por la “*responsabilidad objetiva*” en la reforma de 1968 al Código Civil según Ley 17.711, art. 1113.

Pero los factores objetivos de atribución, riesgo o daño (responsabilidad objetiva) no se instalaron en la doctrina, ni en la jurisprudencia por un camino exento de zozobras. Los primeros años mostraron un avance lento hacia la consideración de culpa objetivada, aquella que al decir de MOSSET ITURRASPE se aparte de la mera causación para constituirse en “*culpa sin culpa*”, la culpa presumida sin admitir prueba en contrario, que presume responsable a quien provocó el daño.

Una vez que la responsabilidad objetivada quedó consolidada en la cultura jurídica y aplicada por los tribunales un calificado elenco autoral predicó un paso de mayor alcance aún instalando el debate en auspicio de un factor

objetivo totalmente excluyente de toda subjetividad que prescinde de la culpa: el riesgo creado.

En las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1994) ALTERINI y LOPEZ CABANA la expusieron con fundamentos tales que determinaron el entusiasta dictamen en el que la Comisión I concluyó que el rol de la culpa en la teoría de la responsabilidad aparecía ya replegada en la doctrina aural en consecuencia con una clara tendencia a calificar al “*riesgo*” como factor de atribución de responsabilidad, cuya teoría adquiere fuerza expansiva en el derecho moderno.

Aquel predicado tuvo efecto en el Proyecto de Código Unificado de 1998 que en el art. 1602 última parte recepta el principio de atribución que reconoce factores objetivos cuya simplicidad y justicia alcanzan a las “*víctimas inocentes*”, supuesto subjetivo este que constituye el subyacente común denominador de todo acreedor “*involuntario*”, superando así el criterio dirimemente de lo contractual y lo extracontractual.

Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial no sigue la tendencia del modelo del '98 hacia el “*riesgo creado*” y mantiene la culpa como cierre del sistema con base en la imputación subjetiva. No recepta en plenitud la posición más avanzada que invoca valores como justicia, humanismo, equidad y seguridad como nueva visión que “*se orienta principalmente al damnificado que tiene derecho a ser indemnizado aun en los supuestos en los cuales falte la culpa del agente pues el sentido de la responsabilidad debe ser reparador con la mirada puesta en el daño injusto y en la víctima inocente*” de cuya doctrina, fuertemente asentada en el campo civil se sigue la preferencia por la denominación “*Derecho de Daños*”, calificada como superadora de la tradicional “*Responsabilidad Civil*”.

El sistema que predica el factor de imputación centrado en el “*riesgo creado*”, consagrado en el Proyecto de 1998, abre sin duda un camino más amplio en el campo doctrinario y eventualmente legislativo a la receptividad de una clase de acreedor o categoría del crédito, en el caso denominado “*involuntario*” y facilita su inserción en el campo minado de los privilegios, tradicionalmente blindados en el mundo concursal, por *numerus clausus* de origen legal.<sup>55</sup>

El acreedor involuntario es la traducción al mundo concursal de una fenomenología en candente debate en el campo de la responsabilidad civil, en

---

<sup>55</sup> STEMPELS, HUGO J., “*Acreedores involuntarios*”, Ponencia presentada en el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia - Panel: Créditos de origen extracontractual - Mendoza, 4/7 Octubre de 2009.

el que, la teoría del riesgo no ha desplazado aún, a pesar de su fuerte embate, al factor subjetivo –culpa, dolo– como factor de atribución.

Subyace así en el ordenamiento actual la posibilidad descriptiva de un mismo fenómeno en dos escenarios distintos.

El primero, el de las relaciones en el mundo de la paz y el sosiego de la vida ordinaria, del hacer de todos los días, el mundo “*in bonis*”, en el que el patrimonio del deudor es prenda común suficiente para sus acreedores (CCiv.: art. 505 traspolado a CCCN arts. 724; 730; 731; 897) y el segundo, el escenario distinto, el de la crisis “*in malis*” donde el victimario es el deudor insolvente, paradójicamente débil, al menos desde el punto de vista de ontológico y finalista de La Ley mercantil (arg. LGS: 100).

Se trata de un mismo fenómeno que focaliza a un sujeto débil e inocente en dos escenarios de responsabilidad: *in bonis* o *in malis*: en el primero el favor legal prioriza a la víctima dañada, en el segundo al deudor causante del daño. Paradoja? No. Simplemente efectos distintos cuando el bien jurídico tutelado es distinto.

En el “*in bonis*” existe un patrimonio responsable suficiente para abastecer el pasivo sobre el cual la perentoriedad de la reparación tiene preferencia excluyente sin competencia de los otros concurrentes. En el segundo, en cambio, deberá penetrar un marco desbordado por derechos concurrentes en el que, en la medida de protección de unos acontecerá la desprotección de otros, diferentes, pero también urgentes, agravado el dilema porque el principio orientador del campo *in malis* es la supervivencia del responsable en crisis.

En el nuevo CCCN, el factor de atribución, en ausencia de normativa que se base en factores objetivos o subjetivos sigue descansando sobre la idea de culpabilidad con lo que apunta a la acción u omisión del autor del hecho descartando el factor objetivo focalizado en el riesgo creado.<sup>56</sup>

El art. 1721 del CCCN parte de la norma genérica **según la cual la atribución de un daño al responsable** se puede basar tanto en factores objetivos como subjetivos pero establece que, en **ausencia de normativa**, el factor de atribución **es la culpa**<sup>57</sup>. Los factores subjetivos de la culpa y dolo subsisten

---

<sup>56</sup> TRIGO REPRESAS, LOPEZ MESA, COMPAGNUCCI DE CASO, CASIELLO; SAUX y otros, “*Responsabilidad de la culpa*” (*estado actual de la cuestión*) t. I, ps. 7 y ss. citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*Responsabilidad Civil en el Proyecto de 2012*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 2012-3, p. 457, nota 14)

<sup>57</sup> Art. 1721. Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

como factores de atribución, consagrados en el CCCN art. 1724,<sup>58</sup> con características análogas a las contenidas en el CCiv. arts. 512 y 1072, con la única adición a la intencionalidad en el dolo de la **“manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”** mientras que la responsabilidad objetiva se aplica a la órbita residual de las obligaciones de resultado.

El CCCN art. 1719 dispone: *“La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.*

La exposición voluntaria a la situación de peligro<sup>59</sup> que interrumpe el nexo causal del daño (generador del crédito) y limita o diluye responsabilidad por el riesgo creado que aparece así compensado con el riesgo asumido por el sujeto dañado o víctima.

Una visión duramente crítica al sistema de la culpa califica como “ficción” a la normativa, que implica la aceptación de las consecuencias del riesgo e importa, en el sentir de MOSSET ITURRASPE *“un retroceso en la evolución de la responsabilidad civil”*.

**La crítica olvida que el legislador del Código Civil y Comercial Unificado, se ve constreñido a compatibilizar en función de la unificación del tratamiento de las relaciones civiles y comerciales en el campo obligatorio y contractual dos mundos distintos. En las relaciones civiles, el riesgo es patología, en cambio es consustancial en las comerciales. En las relaciones civiles se admite inconcuso el principio de que quien pone el riesgo causa el daño en tanto que en las comerciales el riesgo que daña al acreedor es un factor inmanente a la propia relación. En la relación civil el acreedor por el daño causado es involuntario. En la relación comercial el acreedor asumió el riesgo de la pérdida del crédito por eso su valor nominal incluye de origen un porcentage que corresponde o cubre**

---

58 Art. 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

59 Diccionario de la Lengua Española: **“Peligro: 1.- Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. 2.- Paraje, paso, obstáculo u ocasión en que aumenta la inminencia del daño”**

### **el eventual incumplimiento (daño) por lo que forma parte intensa de su propio contenido.**

El acreedor involuntario es una víctima del concurso y cuando sufre el daño en sus atributos personales justifica atención preferente respecto de quienes lo experimentan en la esfera del riesgo asumido al contratar y ello debe ser receptado en el ordenamiento positivo porque en definitiva, al decir de KHALIL GIBRAN “*Los dones que provienen de la justicia son superiores a los que se originan en la caridad*”.<sup>60</sup>

Confronta aquí el tratamiento postulado con el escollo invariable del sistema de distribución: la escasez. Toda vez que –en este escenario– alguien perciba algo será con equivalente privación de percepción a otro. Si no hay riesgo la ineficacia de la empresa se descarga sobre los hombros de la comunidad. De todos modos razones de prioridad axiológica autorizan atender con preferencia al más dañado procurando minimizar el perjuicio al perjudicado.

Por ello el acreedor involuntario es en el mundo concursal una excepción que evade el principio del trato paritario.

La doctrina de avanzada que propuso, sin lograrlo, la sustitución de la denominación “*Responsabilidad Civil*”, que luce el Nuevo CCCN en el Capítulo I, (del Título V “*Otras fuentes de las obligaciones*”), del Libro Tercero (“*Derechos Personales*”), por la de “*Derechos de daños*” entiende que la base de la materia no se debe fundar en la conducta (factor subjetivo) sino en el daño o perjuicio (factor objetivo) pero admite que el nuevo Código al mantener su título, “*Responsabilidad civil*” se corresponde con la solución subjetiva, cuyo contenido queda subordinado al sistema de responsabilidad de La Ley especial.<sup>61</sup>

Los casos, que exigen satisfacciones de víctimas no contractuales o involuntarias alcanzadas por la insolvencia del deudor sólo pueden ser articulados en forma insuficiente dentro del sistema de preferencias o privilegios de La Ley concursal debiendo mantenerse en la órbita de una política pública, que puede, sí, ser expresada en el texto concursal para autorizar al juez el pago preferente cuando en el caso concreto reclamen consideración acreedores dé-

---

<sup>60</sup> GIBRAN KHALIL, “*El profeta*”, 1923. (En Buenos Aires evoca su memoria el monumento fuente en la Plaza Mitre).

<sup>61</sup> MOSSET ITURRASPE, JORGE, “*Responsabilidad Civil en el Proyecto de 2012*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 2012-3, p. 461, nota 25. (y aun suponiendo que víctima y victimario sean inocentes no dudamos en considerar que es razonable que el victimario, autor del daño deba repararlo con base en el principio de prevención porque ha omitido tomar los recaudos necesarios para que su accionar no originara perjuicios).

1280 XIII CONGRESO ARGENTINO Y IX IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

biles típicos causados en las condiciones propias personales en los que exista el subyacente común denominador de la imposibilidad de otra asistencia que no fuera la excepción a la regla paritaria concursal.