

# **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR OMISIONES DAÑOSAS**

**Leonardo Marcellino**

Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina

Contacto: leoargentino@gmail.com

Recibido: 13 de febrero de 2025

Aprobado: 25 de abril de 2025

## **Para citar este artículo:**

Marcellino, Leonardo. “Responsabilidad patrimonial por omisiones dañosas”. *Prudentia Iuris*, 100 (171-193):

**Resumen:** Se analiza el régimen normativo de responsabilidad patrimonial por daños provenientes de conductas omisivas en la legislación del Código Civil y Comercial de la Nación. En particular, se examina la configuración del juicio de causalidad en materia de omisiones y el impacto que tiene la teoría de causalidad adecuada a partir de su juicio de previsibilidad en el mismo. Asimismo, se estudia la valoración de la antijuridicidad en materia de omisiones a partir de su relación con el deber legal de prevención de daños y su alcance en el actual ordenamiento civil. De igual modo, se plantea la definición en torno al fundamento que justifica la atribución de responsabilidad en materia de omisiones.

**Palabras clave:** Responsabilidad por omisión; Causalidad; Deber de prevención.

## **Patrimonial liability for harmful omissions**

**Abstract:** The regulatory regime of patrimonial liability for damages arising from omission conduct is analyzed in the legislation of the Civil and Commercial Code of the Nation. In particular, the configuration of the causality judgment in matters of omissions and the impact that the appropriate causality theory has on it based on its predictability judgment are examined. Likewise, the assessment of illegality in matters of omissions is studied based on its relationship with the legal duty to prevent damage and its scope in the current civil order. In the same way, the definition is proposed regarding the basis that justifies the attribution of responsibility in matters of omissions.

**Keywords:** *Responsibility for omission; Causality; Duty of prevention.*

## **Responsabilità patrimoniale per omissioni dannose**

**Sommario:** Il regime normativo della responsabilità patrimoniale per danni derivanti da condotte omissioni è analizzato nella normativa del Codice Civile e Commerciale della Nazione. In particolare, viene esaminata la configurazione del giudizio di causalità in materia di omissioni e l'impatto che la teoria di causalità appropriata ha su di esso in base al suo giudizio di prevedibilità. Parimenti, la valutazione dell'illegittimità in materia di omissioni viene studiata in base al suo rapporto con l'obbligo giuridico di prevenire il danno e alla sua portata nell'attuale ordinamento civile. Allo stesso modo, viene proposta la definizione relativa al fondamento che giustifica l'attribuzione di responsabilità in materia di omissioni.

**Parole chiave:** Responsabilità per omissione; Causalità; Dovere di prevenzione.

### **1. Introducción**

Existe un principio que surge de la propia naturaleza humana a la libertad de las personas, el mismo tiene consagración constitucional en nuestro ordenamiento legal, fundamentalmente en el art. 19 de la Constitución

Nacional, que garantiza una zona de reserva legal para los individuos. Dicho con otras palabras: “[...] todo lo que no está prohibido, está permitido”; y es por eso que nadie puede ser responsabilizado por llevar adelante una conducta cualquiera, a menos que la misma no sea autorizada como tal por el sistema legal vigente.

En ese contexto, la situación de pasividad de una persona, “no hacer nada”, no debería acarrearles consecuencias jurídicas desfavorables en virtud del sentado principio de libertad. Quien omite realizar una acción no exterioriza una voluntad de actuar, no modifica el mundo exterior, y, por no tanto, no debería perjudicar a otro, pues su pasividad no debiera tener aptitud causal fáctica para dañar a otro.

De cualquier manera, la materialidad de un daño en caso de acaecer debiera tener su antecedente causal en el obrar activo de la propia víctima, de un tercero o de un caso fortuito extraño, pero no tener como autor al sujeto que simplemente permanece sin actuar frente a la ocurrencia de una siniestralidad.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no solo califica como prohibidas, permitidas o facultativas determinadas actividades, sino que además impone como obligatorias ciertas conductas<sup>1</sup>, es decir, determina mandamientos jurídicos de actuación positiva y prohíbe, por tanto, su inobservancia u omisión del agente, acarreando consecuencias legales desfavorables en caso de suceder ello.

Lo anterior ocasiona que, en determinados contextos, la situación de pasividad libre en que se encuentra un sujeto deba ser interrumpida por una orden de legalidad que obliga a la actuación de un modo concreto, y, consecuentemente, se termina por calificar como ilegal la omisión del sujeto en cumplir con llevar adelante la conducta ordenada.

Al respecto es claro el art. 1717 CCCN cuando prescribe que cualquier acción u “omisión” que causa un daño a otro es antijurídica, si no está justificada. Lo que no resulta igualmente claro es cómo una omisión “puede causar un daño”, y si esa “causalidad” debe regirse por las reglas propias de la causalidad adecuada (arts. 1726 y 1727 CCCN). De igual modo, puede preguntarse cómo se determina o de dónde surge ese deber legal de actuación de cuya omisión se puede responsabilizar patrimonialmente a una persona, y en estos casos cuál es el fundamento justificativo de esta responsabilidad, es decir, su factor de atribución. El objeto del presente trabajo es justamente el tratamiento de estos interrogantes.

<sup>1</sup> Carlos E. Alchourron y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 2006), 5<sup>a</sup> reimpr., 74.

## 2. Las omisiones como causa jurídica del daño

En todo análisis sobre un fenómeno de responsabilidad civil acaecido fácticamente, luego de constatarse la efectiva repercusión perjudicial que el hecho ha tenido en la faz patrimonial o espiritual de una persona, es decir, la existencia del daño resarcible (arts. 1737 y 1738 CCCN), es preciso verificar cuál fue la conducta que lo generó para conocer su autoría y si la misma estaba justificada legalmente.

Afirman Díez-Picazo y Gullón: “El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que de alguna manera se pueda considerar como causa de daño. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa, omisión o abstención (*non facere*)”<sup>2</sup>.

Entonces la conducta del autor del daño puede consistir en un obrar positivo o negativo, es decir, abarca tanto las acciones (comprendiendo por tales la comisión y la comisión por omisión), como las omisiones puras o simples<sup>3</sup>.

La cuestión causal de los daños se presenta particularmente compleja en el ámbito de las omisiones. Peña López<sup>4</sup> formula sensatamente la imposibilidad de plantear la existencia de una causalidad “empírica” en materia de omisiones, pues las leyes de la naturaleza no pueden atribuir a una omisión el más mínimo efecto causal, la relación natural de causa efecto exige una liberación de energía. “La inacción no es causa de nada”<sup>5</sup>.

Aunque se aclara que sería posible asignar a una omisión el carácter de causa “jurídica” de un daño, si existiera el deber legal de realizar una acción concreta y si la hipotética acción omitida lo hubiese evitado. Por ello

<sup>2</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil* (Madrid: Tecnos, 1992), Vol. II, 6<sup>a</sup> ed., 599.

<sup>3</sup> En el acto por comisión la infracción se lleva adelante por un acto positivo, en tanto que en la comisión por omisión hay hechos negativos que en sí mismos no constituyen infracción, pero cuyo resultado es ilícito. Se genera en este caso por el agente un riesgo de daño a partir de una conducta que es acompañada por la omisión de otra que es determinante en la producción del daño. Ej.: El conductor del vehículo que omite prender las luces de noche. Finalmente, en la omisión pura hay una conducta positiva debida que es exigida en forma previa por una norma jurídica y una no realización de la misma por el agente que habría evitado el perjuicio. El riesgo de daños se genera en forma externa al agente, pero tiene el deber legal de actuar, “con lo cual la abstención implica un ejercicio abusivo de la libertad de actuar o quedar inactivo”. Marcela Tobía y Ramón D. Pizarro, “Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral”, *Revista Jurisprudencia Argentina* (2000- II): 299.

<sup>4</sup> Fernando Peña López, *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL* (Navarra: Arazandi, 2011), 47 y ss.

<sup>5</sup> Felisa Baena Aramburo, *La causalidad en la responsabilidad civil* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021), 15.

es posible sostener que “puede haber causalidad jurídica o moral, aunque no haya causalidad física”<sup>6</sup>.

Así, como indica Medina Alcoz: “Cuando el hecho examinado es la omisión de una conducta debida, la determinación de si hubo o no nexo causal obliga a figurarse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de no faltar la acción positiva omitida”<sup>7</sup>.

De este modo, la pasividad del agente no puede ser considerada por sí misma como una condición antecedente de causalidad fáctica del daño, ya que nada ocurrió en el mundo exterior por esa omisión. En todo caso, lo que se toma como antecedente causal es el hipotético resultado evitativo del daño a partir del desarrollo de una posible actividad concreta que el agente estuvo en condiciones de realizar y obligado legalmente a hacer, pero que omitió en los hechos.

El Código Civil y Comercial adhiere a la teoría de la causalidad adecuada, de suerte que como regla solo van a ser reparables aquellas consecuencias dañosas que tengan nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (art. 1726 CCCN)<sup>8</sup>.

Esta teoría atribuida a Luis von Bar, aunque desarrollada por Johannes von Kries, tiene como punto de partida que no todas las condiciones (circunstancias de hechos antecedentes) son idóneas o adecuadas para generar un resultado dañoso, y, por lo tanto, no todas ellas pueden considerarse como “causas”, diferenciándose así de la llamada teoría de la equivalencia de condiciones o de la causalidad como equivalencia (“conditio sine qua non”: condición sin la cual el resultado no hubiera tenido lugar).

Esta teoría apela a la idea de “previsibilidad”, y en consecuencia un hecho puede ser calificado como “causa” de un daño, si al momento en el cual aquel se produce podía ordinariamente, teniendo en consideración lo que determina la ciencia y experiencia, hacer prever que sobreviniera esa consecuencia perjudicial<sup>9</sup>.

Explica Goldenberg: “El concepto de ‘causalidad adecuada’ implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, que para que exista relación causal,

<sup>6</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Bogotá: Legis, 2010), T. I, nº 247, 249.

<sup>7</sup> Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Madrid: Thomson Civitas, 2018), 24.

<sup>8</sup> “Art. 1726 CCCN - Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediáticas previsibles”.

<sup>9</sup> Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* (Paris: LGDJ, 2013), nº 340, 245.

según la interpretación que comentamos, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que ser determinado normalmente”<sup>10</sup>.

Por su parte, aclara López Mesa que regularidad “no significa fatalidad o inevitabilidad; la causalidad adecuada no requiere la fatalidad o necesidad imperiosa en la imputación de las consecuencias al hecho, aun cuando tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad de que éste las haya generado; por ende, a tal fin, no es necesaria una certeza absoluta, sino una seria probabilidad que supere el nivel conjetural”<sup>11</sup>.

De suerte que, para la detección de este elemento de la responsabilidad, será necesario realizar un juicio de previsibilidad en abstracto, objetivo, prescindiendo de todo juicio valorativo y además retrospectivo y prospectivo (“prognosis póstuma”). Esto significa que, prescindiendo del resultado dañoso acaecido en la realidad, habrá que evaluar si la conducta desarrollada al momento de realizarse era apta o idónea conforme a un juicio de previsibilidad, es decir, de lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 1726 CCCN), para producir el menoscabo finalmente acaecido<sup>12</sup>.

La causa “material”, entendida como condición fáctica que antecede a un efecto consecuente, solo puede considerarse jurídicamente “causa” de un resultado en la medida en que ese hecho “de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado”<sup>13</sup>.

10 Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: La Ley, 2000), 2<sup>a</sup> ed., 22.

11 Marcelo J. López Mesa, “El mito de la causalidad adecuada”, Revista *La Ley* (2008-B): 861.

12 Formulado a la inversa, podría decirse que “a la hora de imputar el daño deben suprimirse del curso causal aquellos antecedentes que de forma estadísticamente muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismos, al resultado final (dimensión negativa de la causa adecuada)”. Fernando Reglero Campos y Luis Medina Alcoz, “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, *Tratado de responsabilidad civil* (Navarra: Aranzadi, 2014), 5<sup>a</sup> ed., T. I, 782.

13 Sebastián Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Buenos Aires: Infous, 2015), T. VIII, 419. Con igual alcance manifiesta Orgaz: “Para establecer, por tanto, la causa de un daño es preciso hacer un juicio de probabilidad. La pregunta a contestar es la siguiente: La acción u omisión del presunto responsable, ¿era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, de acuerdo con la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era ‘adecuada’ para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente; si se contesta que no, falta la conexión causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que reconocerse que esa conducta fue también condición *sine qua non* del daño: pero éste se considera solamente casual o fortuito”. Alfredo Orgaz, “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales* (Buenos Aires: La Ley, 2007), T. II, 931. De igual modo, Le Tourneau dice que se trata entonces de remontarse en el tiempo retrospectivamente para preguntarse si objetivamente era posible de pensarse que tal hecho provocara normalmente ese efecto dañoso. Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile* (París: Puf, 2003), 44.

“Se trata, en síntesis, de un test que opera con base en los parámetros de la normalidad y la probabilidad”<sup>14</sup>.

El análisis de causalidad adecuada presupone un análisis de condiciones previas sin las cuales el resultado dañoso no habría devenido. La causa es una de esas condiciones antecedentes, que “condicionaron” la ocurrencia del hecho, pero que además tiene una idoneidad o aptitud especial, y es que en abstracto su ocurrencia hacía previsible que se produjera ese perjuicio.

Es que de la propia experiencia es posible advertir que un determinado resultado dañoso puede tener como antecedentes una multiplicidad, a veces infinita, de hechos antecedentes o “condiciones”<sup>15</sup> que la precedieron y que en alguna medida coadyuvaron a que aquel se produjera<sup>16</sup>.

Aunque todas esas condiciones podrían ser consideradas causas físicas o naturales, el derecho solo asigna la calidad de “causa jurídica” del daño a alguna de ellas por revestir alguna característica, aptitud o idoneidad distintiva por la cual el ordenamiento legal la estima relevante, convirtiendo la causa fáctica en causa jurídica y asignándole efectos legales.

Por lo tanto, no es solo “causa” ese hecho antecedente por la sola circunstancia de que su ocurrencia resultaba imprescindible y necesaria para

14 Felisa Baena Aramburo, *La causalidad en la responsabilidad civil*, 65.

15 Se suele referir como “condiciones” a todos los factores humanos y naturales que han intervenido en el hecho dañoso y sin cuya existencia el resultado perjudicial no se hubiera provocado. Señalan Reglero Campos y Medina Alcoz que, precisamente, “Los problemas causales nacen sobre todo del hecho de que toda consecuencia es normalmente resultado de una pluralidad de causas, y que todas ellas, con independencia de que sean directas o indirectas, remotas o próximas, constituyen un antecedente sin el cual aquélla no se hubiese verificado”. Fernando Reglero Campos y Luis Medina Alcoz, “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, 770.

16 Agregan los autores franceses: “Desde el instante en que se examinan de manera un poco atenta las circunstancias en que se ha realizado el daño, se advierte casi siempre que ese daño se halla lejos de tener por causa un solo acontecimiento, una sola acción. Son múltiples los hechos que han concurrido a su realización y sin la conjunción desventurada de los cuales no se habría producido. Sin duda, entre ellos, figura un acto imputable al demandado; pero ese acto no ha desempeñado sino un papel parcial: se encuentra junto a él, ya sean hechos provenientes de terceras personas o de la misma víctima, ya sean casos de fuerza mayor. ¿Cabe exigir entonces la responsabilidad del demandado? ¿Es suficiente como nexo el vínculo de causa a efecto parcial? En la afirmativa, ¿debe soportar el peso total de la reparación el demandado?; por el contrario, ¿no se debe condenar sino por una fracción?; ¿cómo efectuar entonces la división? Son problemas sumamente arduos, porque obligan a efectuar un análisis profundo de la noción de causalidad. Se plantean dos cuestiones: ¿cuáles son, entre los acontecimientos que han concurrido a la realización del daño, aquellos que pueden ser considerados como las ‘causas’ del daño? ¿Qué efecto produce la pluralidad de causas?”. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Buenos Aires: Zavalía, 2006), T. II, vol. 2, nº 1438, 17.

que se diera ese resultado (“condición”), sino además porque su acontecer hacía previsible ese daño (“condición con adecuación”).

Así puede decirse que la causalidad fáctica es condición necesaria, pero no suficiente para ser causa jurídica, ya que además requiere que el ordenamiento legal le asigne relevancia como tal.

Por ello, en general, se sostiene: “Esta causa adecuada tiene como presupuesto una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las consecuencias del caso; esto es que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud adecuada”<sup>17</sup>.

Lo anterior se aplica a la generalidad de supuestos, y es que es correcto que no es lo mismo la causalidad física o material que la causalidad jurídica, y que generalmente no existe causalidad jurídica si está ausente la causalidad fáctica<sup>18</sup>. Tal vez la excepción a la regla sentada sería en el supuesto de omisiones, en las cuales no hay causalidad física ya que no hay participación causal física por el agente, pero su omisión ilícita se constituye en causalidad jurídica<sup>19</sup>.

Sobre esta cuestión se plantea doctrinariamente que deberá considerarse causa adecuada del resultado dañoso a “la omisión de aquellas medidas que evitarían o aminorarían de forma apreciable la posibilidad de acaecimiento de hechos dañosos que normal o razonablemente cabe prever en el marco de la actividad de que se trate, atendiendo a sus circunstancias concretas”<sup>20</sup>.

Yzquierdo Tolsada afirma que las omisiones jurídicamente “no causan daños, sino que no los evitan, que no es lo mismo”<sup>21</sup>. También Moore refiere: “Las omisiones de las cuales se ocupa el derecho casi nunca son omisiones de causar algo, como una muerte; son, en cambio, omisiones de evitar even-

17 Jesús González Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (Navarra: Civitas, 2016), 485.

18 Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 371.

19 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, nº 247, 249.

20 A ello se agrega que no puede hablarse de causalidad por omisión cuando no exista un deber previo de actuar. Fernando Reglero Campos y Luis Medina Alcoz, “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, 808.

21 Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias* (Madrid: Dykinson, 2017), 155.

tos, como muertes. Así es que para entender qué es omitir, tenemos que entender qué es evitar”<sup>22</sup>.

Para que se configure esa causalidad jurídica en materia de omisiones, no basta con la mera pasividad del agente, sino que fundamentalmente debe existir un deber legal de actuación preventivo de daños determinado impuesto, que se omite pese a tener posibilidades materiales de hacerlo y estar obligado a ello.

“De este modo, la apreciación del nexo causal presupone la existencia de un deber jurídico del agente respecto de la víctima”<sup>23</sup>. Luego de detectado ese deber legal y corroborado su incumplimiento, es posible realizar el juicio de causalidad adecuada para verificar si era previsible o no la evitación del daño en el caso de que el agente hubiere cumplido con lo que estaba obligado a hacer. Si el daño subsiste a pesar de la omisión, ella no fue la causa, mientras que si el daño desaparece, entonces la omisión fue la causa<sup>24</sup>.

De este modo, puede sostenerse que la teoría de causalidad adecuada también es de aplicación a los fines de determinar la causa jurídica del daño frente a conductas omisivas, pero funciona de un modo distinto a como ocurre con las acciones positivas, ya que el juicio de previsibilidad se realiza sobre una hipotética conducta activa preventiva que fue omitida y que tenía el deber legal de realizar, y no sobre una acción fáctica realmente ocurrida desencadenante de un menoscabo.

Asimismo, lo anterior denota que, como se dijo, para serle imputable los daños a una persona por su omisión, no basta con la mera situación de pasividad del agente, sino que además se requiere un deber legal de actuación preventivo concreto cuyo incumplimiento injustificado le cabe al sujeto y por ello se lo responsabiliza.

Esto denota la profunda influencia que tiene el presupuesto de la antijuricidación a los fines de determinar el nexo causal del daño en materia de omisiones.

22 Michael S. Moore, *Causalidad y responsabilidad. En ensayo sobre derecho, moral y metafísica* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2011), 193.

23 Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema* (Madrid: Thomson Civitas, 2018), 24. Igualmente, se dice desde la dogmática española: “En los supuestos de omisiones generadoras de daño, han de considerarse consecuencias necesarias de aquéllas los hechos que previsiblemente no hubieran ocurrido si la acción omitida hubiese sido realizada a tiempo”. José L. Concepción Rodríguez, *Derecho de Daños* (Barcelona: Bosch, 2009), 3<sup>a</sup> ed., 84.

24 Felisa Baena Aramburo, *La causalidad en la responsabilidad civil*, 16.

### 3. Antijuridicidad y omisiones

Siempre la omisión, indica Nino<sup>25</sup>, está en relación con determinada acción, no hay omisión genérica, sino que debe referir a una concreta actividad respecto de la cual el sujeto debe contar también con la capacidad para realizarla.

De este modo, se puede advertir que el concepto de omisión se construye con relación a una conducta positiva debida que no se cumplió, por ello que es preciso que exista un previo deber legal de actuar<sup>26</sup>.

En consecuencia, y a contrario sensu, no es ilícita la omisión pura y simple sin deber legal preexistente, puesto que cada individuo tendrá en tales casos el derecho a permanecer “neutro”, de abstenerse de actuar amparado en el ámbito de reserva o libertad que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.

Siguiendo las explicaciones de Santos Briz, puede decirse que el acto de omisión puede merecer desde el punto de vista jurídico el concepto de “causa” del daño, requiriendo para ello: “a) Que con verosimilitud rayana en seguridad se hubiera evitado el daño de haberse realizado la acción omitida. b) Que para evitar el resultado hubiese un deber jurídico de obrar”<sup>27</sup>.

Como explica Goldenberg<sup>28</sup>, la “omisión” no se identifica con una mera conducta pasiva del agente, es necesario que el comportamiento que se omite sea una acción esperada, en cuanto supone la preexistencia de un deber jurídico de obrar en una determinada forma. Se trata de un concepto norma-

25 Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2010), 15<sup>a</sup> reimpr., 74.

26 Tamayo Jaramillo expresa que “habrá responsabilidad del agente que omitió realizar la conducta siempre y cuando dicho agente tuviera la obligación legal o contractual de actuar”. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, n °198, 195. También Alpa señala que la omisión “tiene como presupuesto la existencia de un deber de obrar para evitar el daño ajeno o para remover una situación de peligro”. Guido Alpa, *La Responsabilidad Civil. Parte General* (Lima: Legales Ediciones, 2016), T. I, 367-368. De igual modo, Santos Briz indica: “Aunque en sentido estricto las omisiones no son causantes de daños, pueden ser sin embargo antijurídicas cuando afecta al omitente una especial obligación de evitar el daño, impuesta por la ley (por ejemplo, patria potestad), por su oficio o cargo o por una conducta anterior del que omite actuar (por ejemplo, apagar el fuego)”. Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal* (Madrid: Montecorvo, 1977), 2<sup>a</sup> ed., 27.

27 Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 197. Igualmente, explica Peña López que “debe considerarse que una omisión es causa del daño, si existía el deber de realizar una acción; y si la hipotética acción omitida lo hubiese evitado”. Fernando Peña López, *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, 49.

28 Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 155-156.

tivo, porque solo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demanda una actividad<sup>29</sup>.

En igual sentido, a los fines resarcitorios, Díez-Picazo refiere que “la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar”<sup>30</sup>, la cual debe referir a una evitación o disminución del daño<sup>31</sup>.

También Bustos Lago expresa: “Las omisiones serán antijurídicas en aquellos casos en los que el omitente esté obligado de forma especial a evitar el daño, esto es, sea el sujeto de un deber jurídico de actuar de una manera positiva”<sup>32</sup>, y dicha omisión refiere a realizar una conducta que habría evitado la producción del perjuicio.

La dificultad del juicio de ilicitud en la omisión se proyecta entonces en definir la conducta debida que no se cumplió y, por sobre todo, en la identificación de la normativa que imponía la obligación de hacer.

En el ámbito de la responsabilidad por daños por omisión, la literalidad del anterior art. 1074 CC<sup>33</sup> claramente estipulaba una antijuridicidad con un sentido más restringido de tipo formal al hacer responsable al sujeto “solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

Siguiendo este sentido, Orgaz y Zavala de González exigían la presencia de un deber legal expreso de cumplir el hecho omitido para comprometer su responsabilidad. De modo que, si la conducta de hecho omitida no figuraba como formalmente obligatoria en una ley, ninguna responsabilidad podía imponerse al agente, aunque su actuación oportuna hubiere podido evitar

29 Igualmente, Pizarro expresa “la omisión es un concepto jurídico, que solo tiene sentido cuando la inactividad del sujeto es ponderada con referencia a un marco jurídico que le impone una actividad específica”. Ramón D. Pizarro, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público* (Buenos Aires: Astrea, 2016), T. I, nº 65, 444.

30 Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños* (Madrid: Civitas, 1999), 288. Igualmente, Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, nº 452, 458 y ss. Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 77; Patrice, Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile* (París: Dalloz, 2014), 9<sup>a</sup> ed., 51.

31 Desde el derecho portugués se dice que las omisiones dan lugar a la obligación de reparar el daño, cuando independientemente de otros requisitos legales, el acto omitido hubiese evitado con certeza o alta probabilidad el daño y existe el deber resultante de la ley o de un contrato de ejecutar ese mismo acto. Ana M. Castanheira Neves de Miranda Barbosa, *Lições de responsabilidades civil* (Parede: Principia, 2017), 143.

32 José M. Bustos Lago, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual* (La Coruña: Universidad La Coruña, 1995), 69. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18295>.

33 “Art. 1074 CC - Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

el perjuicio<sup>34</sup>. Mientras que una postura interpretativa más amplia, la cual terminó prevaleriendo con el tiempo, indicaba también en estos casos una antijuridicidad de tipo material.

Se propugnaba la necesidad de interpretar el art. 1074 CC en forma conjunta con los arts. 1109 y 512 CC, de suerte que también en estos casos de omisión, a los fines de valorar la ilicitud, basta con la violación de un deber jurídico general de conducirse con prudencia, cuidado y diligencia que impone la convivencia social y encuentra soporte en el ordenamiento legal integral, sin necesidad de que esa actividad haya sido prescripta por una disposición específica de la ley, por cuanto el obrar culposo nunca obtiene permiso legal<sup>35</sup>.

La prescripción del art. 1717 CCCN con absoluta claridad acepta un sentido de antijuridicidad más amplio de tipo material, tanto para el campo de las acciones, como de las omisiones, considerando un ilícito toda conducta contraria al ordenamiento jurídico en su integralidad, pero aun cabe pre-guntarse cómo se estipula en la legislación civil el deber legal de actuación o de dónde surge aquél, de cuya inobservancia proviene la responsabilidad por omisión.

La respuesta a dicha inquietud se encuentra, desde nuestra perspec-tiva, en el deber legal de prevención de daños (art. 1710 CCCN) y en los parámetros legalmente establecidos para su configuración, que definen el contenido del mismo y, con ello, la conducta legal que toda persona debe realizar para no incurrir en este tipo de responsabilidad.

Es que la conducta omitida, para ser tenida legalmente como “causa jurídica” del daño, debe tratarse de una actividad humana preventiva del daño, que en el caso hipotético de haberse dado, previsiblemente hubiera impedido el menoscabo, pero al no realizarse se dañó a terceros.

Sin embargo, como se repitió anteriormente, no basta con la aptitud evitativa del daño que debe tener la conducta omitida, además se requiere que la misma sea cumplida por el agente por imperativo del ordenamiento jurídico.

Y es por ello que la pregunta central de todo el sistema de la responsa-bilidad por omisión consiste en determinar cómo se define el deber legal de

<sup>34</sup> Matilde Zavala de González, “Responsabilidad civil por actos de omisión”, Revista *Jurisprudencia Argentina* (1980-III): 796. Alfredo, Orgaz, *La culpa (actos ilícitos)* (Córdoba: Lerner, 1974), nº 42, 101.

<sup>35</sup> Isidoro H. Goldenberd, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 163. Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* (Buenos Aires: La Ley, 2013), 14<sup>a</sup> ed., T. II, nº 1310, 241. Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Bue-nos Aires: Abeledo Perrot, 1997), 9<sup>a</sup> ed., nº 183, 115. Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones* (Buenos Aires: La Ley, 2010), 4<sup>a</sup> ed., T. IV, nº 2501, 695 y ss.

actuación preventivo, de cuyo incumplimiento se deriva la responsabilidad por omisión, y cuál es el contenido y alcance de ese deber legal preventivo.

La responsabilidad por omisión se encuentra directamente vinculada a un deber de evitación del daño que funciona, entonces, como su contracara. Concretamente, puede decirse que el deber de evitar a otros daños injustificadamente impone a toda persona, bajo ciertas condiciones legales y con carácter obligatorio, una actuación o acción de prevención concreta y determinada, cuya omisión genera responsabilidad por omisión para el agente.

Por ello se afirma con razón que en la legislación actualmente vigente hay un ensanchamiento de la responsabilidad por omisión<sup>36</sup>, en contraposición al art. 1074 CC, precisamente porque la ilicitud de la conducta no proviene únicamente de incumplir un hecho omitido ordenado expresamente en una ley, sino que bastará la inobservancia al deber genérico de evitar un daño a cargo de “toda persona”, conforme a lo estatuido en el art. 1710 CCCN. Dicho de otro modo: “Sólo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño”<sup>37</sup>.

Igualmente, Galdós refiere que “[...] la antijuridicidad nace de la violación del deber de prevención y convierte en ilícita la conducta omisiva o activa de vulneración de la anticipación del daño. Cierra el ciclo de la responsabilidad civil preventiva y abre camino a la responsabilidad civil reparatoria”<sup>38</sup>.

#### **4. La responsabilidad por omisión y el deber preventivo**

La vinculación entre la responsabilidad por omisión y el deber legal de prevención, siendo aquél la consecuencia que proviene de la inobservancia al deber preventivo, ha sido desde hace mucho tiempo reconocida en el derecho comparado.

Así, en Francia, el gran Domat proclamaba: “Los que pudiendo impedir un daño, que algún deber los obligaba a prevenir, hubieren faltado a ello, podrán ser responsabilizados según las circunstancias”<sup>39</sup>.

36 Federico A. Ossola, *Responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016), 64.

37 Edgardo López Herrera, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Buenos Aires: La Ley, 2015), T. IV, 999.

38 Jorge M. Galdós, “La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista *La Ley* (07/04/2020). Cita online: AR/DOC/951/2020.

39 Citado en Henri, Jean y Léon Mazeaud y François Chabas, *Derecho civil* (Buenos Aires: Zavalía, 2006), T.2, nº 465, 68.

El trascendente efecto jurídico de responsabilizar a una persona por incumplir un deber de evitación de daños denota la importancia de “sentar ciertas pautas razonables que impidan una generalización desmedida de ese deber que podría terminar restringiendo la libertad individual; no es posible sostener que todos estamos, en todo momento, obligados a evitar cualquier tipo de daños a los demás”<sup>40</sup>. Por ello, “[...] no podrá considerarse causa adecuada de un resultado dañoso la omisión de medidas de preventión que puedan considerarse desproporcionadas en relación con la naturaleza de determinada actividad”<sup>41</sup>.

De este modo, como explica Picasso, “la existencia de un previo deber de actuar debe ser evaluada en cada caso sobre la base de las pautas que proporciona el art. 1710”<sup>42</sup>.

Los parámetros legalmente establecidos a los efectos de establecer si existió o no para el sujeto el deber de actuación para evitar un daño son, entre otros, las posibilidades fácticas y jurídicas preventivas, ya que el art. 1710 CCCN refiere al deber de prevenir de toda persona “en cuanto de ella dependa”, pero también habrá que considerar las circunstancias concretas del caso y hacerse necesariamente una ponderación en base a la buena fe y al principio de razonabilidad sobre las medidas que se podían adoptar.

De este modo, se observa que la definición de la responsabilidad por omisión depende de que se haya incumplido con un deber de evitación del perjuicio preexistente que pesaba sobre el agente en el caso, el cual, a su vez, aparece supeditado a parámetros legales amplios, generales, abstractos y flexibles (“las posibilidades materiales y jurídicas del sujeto”, “la buena fe”, “los medios razonables disponibles” y “las circunstancias del caso”), que finalmente deberá ser valorado y ponderado por el juez en concreto<sup>43</sup>.

La legislación civil y comercial, como puede advertirse, termina calibrando la responsabilidad por omisión en base a criterios de gran laxitud en cuanto a su determinación concreta de configuración.

<sup>40</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, “La antijuridicidad, un presupuesto de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* 55 (2017), 249.

<sup>41</sup> Fernando Reglero Campos y Luis Medina Alcoz, “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, 808.

<sup>42</sup> Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz, *Tratado de Derecho de Daños* (Buenos Aires: La Ley, 2019), T. I, 274.

<sup>43</sup> Como bien lo apunta Prevot: “En última ratio, serán los jueces quienes de una forma u otra deberán establecer si el evitar o prevenir el evento nocivo dependía o no del agente inerte. Una vez más, la prudencia y el buen tino son convocados para establecer el justo límite entre la libertad de abstenerse y el deber de evitar un daño a un semejante”. Juan M. Prevot, “¿Hay causalidad en la omisión?”, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros* (2006-II):164.

Ello brinda la ventaja de permitir una valoración de las diversas circunstancias que en cada caso puedan presentarse, sin correr el riesgo de que la extensión del deber preventivo pueda quedar encorsetado o limitado por las vicisitudes a veces relevantes que una situación de hecho de peligro de daños puede acarrear.

Sin embargo, también produce el efecto indeseado que, en ocasiones, resulte difícil para el individuo anticipar y saber si al momento de ejecutarse la conducta potencialmente dañosa, o al observar su desarrollo por parte un tercero, recae o no sobre su cabeza un deber preventivo que lo obligue a actuar preventivamente o si, por el contrario, tiene el derecho de abstenerse de hacerlo.

No convence la postura de tener que diferir a la oportunidad de juzgamiento para saber si existía o no un deber jurídico de evitación de daños en el caso para el particular. El sujeto debiera conocer, o al menos tener la oportunidad de saber, lo que está obligado legalmente a hacer u omitir al momento que decide su conducta, al desencadenarse la situación de amenaza de daño, es decir, con anterioridad al juicio evaluativo que luego realizará el juez.

Precisamente, la responsabilidad omisiva presupone que el deber legal de actuación que se omite es preexistente o anterior al momento de realizar la conducta, no pudiendo diferirse ello al tiempo del juez.

Por ello, y sin perjuicio de los criterios legalmente establecidos para la configuración del deber preventivo en el art. 1710 CCCN, me parece importante sentar la siguiente regla como base o contenido esencial de aquel: habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, como regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero<sup>44</sup>.

Desde este punto vista, ha dicho Galdós, en oportunidad de justificar su voto en un fallo: “La jurisprudencia, siguiendo los criterios doctrinales prevalecientes, se ha pronunciado en varias oportunidades coincidiendo –en general– en que determinar en concreto si el dueño o guardián omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas para la evitación de daños (criterio normativo que ahora recogen los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y concs. CCCN) es una cuestión de hecho que debe ser ponderada en cada caso y conforme sus singularidades. Sin embargo, el primer distingo radica

<sup>44</sup> Por eso “hay obligación jurídica de obrar, siempre que la abstención implique un ejercicio abusivo de la libertad de actuar o quedar inactivo”. Matilde Zavala de González, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños* (Buenos Aires: Hamurabi, 2014), T. 4, nº 51, 345. Igualmente, Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz, *Tratado de Derecho de Daños*, T. I, 274.

en diferenciar las omisiones a mandatos jurídicos determinados o expresos de las omisiones genéricas a mandatos jurídicos indeterminados –como en el *sub lite*–, fundados en el deber general de no dañar a otro, el ‘alterum non laedere’, que tiene jerarquía constitucional y se vincula con el deber de seguridad, también de linaje constitucional (arts. 19, 42 CN; ver, en ese sentido: CS, 31/08/2010, ‘B. H. y otro v. Estado Nacional - Secretaría de Turismo - Daños y perjuicios’, en *La Ley* 2010-E, 405, y particularmente voto Dr. Lorenzetti)<sup>45</sup>.

En resumidas cuentas, como sintetizan Trigo Represas y López Mesa: “Quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta”<sup>46</sup>.

## 5. Factor de atribución en materia de omisiones

Con relación al factor de atribución que justificaría estos supuestos de responsabilidad por omisión por inobservancia al deber preventivo, Pizarro parece inclinarse por un factor subjetivo de atribución, en base a cómo se configura la vulneración del deber preventivo a partir de la no evitación de un perjuicio previsible, conforme a las circunstancias concretas del caso, lo que en definitiva importa en su opinión un juicio de reprochabilidad al agente.

Explica Pizarro: “La omisión del deber de evitar causar un daño no justificado puede proyectar sus efectos en el plano resarcitorio. Plasma en esencia un proceder antijurídico por omisión que unido a los demás elementos (factor de atribución, daño y relación causal adecuada) genera obligación de resarcir. Sin embargo, aparece más ligado a un estándar de responsabilidad subjetiva (modelado atendiendo a la conducta esperada omitida por el agente), que a la responsabilidad objetiva, en donde el ámbito de la

45 En el caso finalmente se resolvió: “En definitiva: no se configuró una conducta antijurídica en la abstención de la accionada porque el deber general de actuar para impedir el daño (arts. 19 CN y arts. 1710, 1711 y concs. CCCN) no puede llevarse al extremo de pretender la evitación de conductas imprevisibles, que se apartan de lo que sucede de ordinario y del curso natural de las cosas (arts. 901 y 906 CC y arts. 1727 CCCN)”. CCiv. y Com., Azul, Sala II, 16/05/2016, “T.A.A. c/ Ferrosur Roca S.A. (Causa N° 60.404) y Galasur S.A. (Causa N° 60.413)”, RCyS2016-IX, 57.

46 Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: La Ley, 2004), t. I, 132. “El sujeto es entonces autor o coautor del perjuicio sobreviniente o del intensificado, por no enervar el peligro de que surja o empeore (incs. a y c)”. Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala, *La responsabilidad civil en el nuevo Código* (Córdoba: Alveroni, 2015), T. I, 182.

prevención nada agrega o quita para que ella se configure. Quien responde por riesgo creado, por ejemplo, lo hace haya o no adoptado las medidas de prevención para evitar causar el daño”<sup>47</sup>.

Por mi parte, me inclino por otra postura diferente, ya que si bien frecuentemente la inobservancia al deber de prevención presupone culpabilidad del agente, ello no es necesariamente así en todos los casos, una persona sin discernimiento puede generar una situación de amenaza de daño y luego concretarlo violando el deber de prevención que incumbe a “todas las personas”, conforme el art. 1710 CCCN, pudiéndole acarrear una responsabilidad, sin que pueda efectuársele un juicio de culpabilidad a su obrar.

Además, entiendo que el deber legal de actuación que impone impedir la ocurrencia del daño tiene un fundamento axiológico que trasciende al juicio de reprochabilidad individual que podría caber al agente que genera la amenaza de un daño y luego contribuye con su obrar u omisión a materializarlo.

La observancia del deber legal preventivo y la responsabilidad generada en estos supuestos incumbe al damnificado, pero interesa también a todas las potenciales víctimas futuras y a la sociedad en su conjunto que el mismo no se reitere o agrave, es por ello que el fundamento afina más en un valor objetivo de “solidaridad humana”<sup>48</sup>, más allá de la culpabilidad o no que pueda imputársele al agente generador de la amenaza o al tercero que no actuó para evitarlo.

Zavala de González y González Zavala explican que el legislador ha establecido en este supuesto de responsabilidad por omisión un nuevo fundamento indemnizatorio o factor de atribución objetivo que denominan “poder preventivo”. Cuando el sujeto no ejerció el poder de impedir el daño, el mismo se erige en factor de atribución de una obligación indemnizatoria autónoma que podrá concurrir o no con otros factores de atribución en el caso<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Ramón D. Pizarro, “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, Revista *Jurisprudencia Argentina* (2017-III): 408.

<sup>48</sup> “Existe un derecho a no ser dañado, máxime desde la perspectiva propuesta por el Código en que se coloca a la persona como epicentro del sistema normativo y la exigencia creciente del desarrollo del valor de la solidaridad social”. Claudio F. Leiva, “Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial”, Revista *La Ley* (2016-D): 1054. Bustamante Alsina ejemplifica la tutela preventiva y su deber de actuación preventivo en la inadmisible pasividad de un individuo que ve avanzar un tren en un paso nivel y no hace señas al conductor de automóvil que se lanza al cruce de manera inadvertida para evitar el siniestro. El “más mínimo sentido de solidaridad humana y amor al prójimo constituyen el deber inexcusable” que obliga a actuar para evitar el daño. Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, nº 183, 117.

<sup>49</sup> Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, T. 1, 183.

En conclusión, en todos los casos, para responsabilizar a alguien por su omisión, deberá previamente determinarse y justificarse la existencia de un deber de actuar en sentido específico previo y luego corroborarse la no realización de la conducta debida por el agente; si ello ocurre, quedará objetivamente imputado el obrar responsable omisivo al agente en cuestión.

## 6. Alcance de la responsabilidad por omisión

En razón de las consecuencias resarcitorias que tiene la omisión al deber de actuación preventivo nos parece importante distinguir que ese deber tiene distintos alcances según la persona a quien está dirigido.

Por ello, debe distinguirse si se trata de un sujeto que con su conducta positiva genera una situación de peligro de daños para terceros y omite cumplir con otras acciones evitativas de esos posibles daños; o bien si el asunto refiere a un tercero ajeno a la situación de amenaza que otro ha producido, pero que se encuentra posibilitado de impedir total o parcialmente el posible daño.

El contenido del deber preventivo “depende” de si la persona en condiciones de prevenir un daño intervino material o jurídicamente (con participación de personas por las que debe responder o por cosas de las que es su dueño o guardián), con su actuación ha contribuido a generar la situación de amenaza de daños a otro o si, por el contrario, no se le puede imputar dicha intervención. En otros términos, si tuvo el poder o autoridad, por sí o por terceros, para gobernar el desenlace de los hechos por él generados de peligro o, por el contrario, si fue completamente ajeno a los mismos.

Si se sostuviera que existe un deber preventivo con igual alcance para todos, haya o no intervenido en la generación de peligro, y que lo único relevante fuera la posibilidad de evitar el perjuicio, entiendo se atentaría contra un principio rector del ordenamiento jurídico como es el de reserva de las personas (art. 19 CN), que garantiza la libertad a las personas de no actuar, salvo excepciones legalmente establecidas.

En palabras de Pizarro<sup>50</sup>, puede decirse que la asimilación perdería de vista que en nuestro sistema existe un derecho general de no actuar, de mantenerse pasivo, ligado a la libertad, y que solo reconocería como excepciones: a) la existencia de una norma expresa que impusiera un determinado comportamiento, cuya omisión importa la inobservancia legal; o bien, b)

50 Ramón D. Pizarro, “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, Revista *Jurisprudencia Argentina* (2017-III): 1048.

que la omisión configurara un abuso del derecho referido anteriormente de abstenerse de actuar.

La importancia de lo anterior se vincula a las propias consecuencias legales que se derivan del incumplimiento al deber preventivo, y que fundamentalmente consiste en la atribución de las consecuencias dañosas que no se evitaron al sujeto sobre quien pesaba ese deber de prevención. Al ser convertido este en sindicado como responsable de esos daños, es obligado a su correspondiente reparación.

Nos parece que la simple exposición de una persona frente a una situación de peligro de daños para terceros, en la cual no tuvo participación alguna, no lo convierte automáticamente en responsable de los perjuicios que eventualmente acaecen, por la mera circunstancia de haber tenido posibilidades materiales de impedirlos.

No se comparte, por tanto, la postura de la doctrina que asume como suficiente para exista el deber de prevenir que “[...] una persona se encuentra en una situación tal que solo ella puede, con su accionar –y sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas–, evitar un daño a un tercero”<sup>51</sup>.

Lo anterior sería diferente si, además de estar en su esfera de control la posibilidad de prevención, existiere un deber expreso y específico de actuación para el caso emergente de una norma legal (por ejemplo: el socorrista salvavidas que observa una persona ahogándose; o el policía que advierte un robo en flagrancia; o el bombero que auxilia en un incendio a una persona) o convencional (por ejemplo: el médico respecto de un paciente o el guía de un turismo aventura) que imperativamente obligara a realizar la conducta preventiva; o bien que pudiera evaluarse y calificarse la omisión con arreglo a las circunstancias particulares como un abuso del derecho<sup>52</sup> (art. 10 CCCN).

51 Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz, *Tratado de Derecho de Daños*, 110.

52 “En particular, la mención de este último estándar conecta la cuestión con la teoría del abuso del derecho, pues este último se configura –entre otras cosas– cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe (art. 10, siempre del Proyecto). Conjugando todas esas pautas puede decirse que, en los términos de las normas proyectadas, habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar”. Sebastián Picasso, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, Revista *La Ley* (2013-E): 666. Igualmente: “[...] habría un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar”. Aída Kemelmajer de Carlucci, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Dir. Peyrano (Santa Fe: Rubinzel Culzoni, 2016), 380. “Existe un deber general de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar (arts. 9 y 10 del Código Civil y Comercial), y tal situación se presentaría, por regla general, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero”. Claudio F. Leiva, “Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial”, Revista *La Ley* (2016-D): 1054.

En cualquiera de estos dos supuestos de excepción, su análisis tiene que ser merituado con medida y con carácter restrictivo, ya que en el trasfondo existe un principio rector de libertad o de derecho a no actuar.

Es verdad que “[...] el deber consagrado en la norma (art. 1710 CCCN) puede hacerse valer *erga omnes*, es decir, no solo frente a quien causó el daño por medio de alguna acción suya, sino también contra todo aquel que pueda prevenir el perjuicio o evitar que se agrave, siempre que hacerlo se encuentre en su esfera de actuación”<sup>53</sup>, y siempre también, agrego, que ello sea impuesto legalmente por encuadrar en alguno de los supuestos de excepción mencionados anteriormente.

La regla será, entonces, la libertad de abstención y la irresponsabilidad de todo sujeto que, frente a la generación de una situación de amenaza o de agravamiento de daños por un tercero ajeno a su esfera de actuación, ha decidido permanecer pasivo y no actuar, con prescindencia de sus mayores o menores capacidades de evitación que tuviera.

Se adhiere, por lo tanto, a la postura que entiende que en aquellos casos en que el deber de prevención se cierre contra quien no ha generado la amenaza de daño, pero que se encuentra en condiciones de contribuir a evitar el daño o a morigerarlo, el mismo tendría un carácter excepcional<sup>54</sup>. Solo cuando resulte claro e inequívoco que su pasividad configure un abuso del derecho podrá proclamarse la existencia de una responsabilidad por omisión. Ante la duda, no cabe responsabilizar al agente<sup>55</sup>.

En síntesis, tratándose de un sujeto ajeno al obrar de un tercero causante de la amenaza de daño o de su agravamiento, la capacidad del primero para adoptar medidas de prevención es insuficiente para endilgarle el estar alcanzado por el deber o carga de mitigar o prevenir el daño; para ello, además, debe concurrir un deber de actuación impuesto legalmente por normativa específica o resultar palmariamente la abstención como un abuso del derecho a no actuar.

La propuesta interpretativa que se defiende debe señalarse que también se asemeja a los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, que regula esta problemática en el art. 4:103, prescribiendo lo siguiente: “*Deber de proteger a los demás de daños. Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una*

53 Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2015), T. VIII, 411.

54 Claudio D. Gómez, “Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (2017-IX): 42.

55 Ramón D. Pizarro, “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, *Revista Jurisprudencia Argentina* (2017-III): 1048.

*especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber”.*

## 7. Conclusiones

La responsabilidad por daños derivados de conductas omisivas tiene características distintivas a los fines de su análisis. Más allá de ello, se defiende la idea de que es posible hablar en términos jurídicos de una omisión que “causa” un daño, como lo hace el art. 1717 CCCN, y considerar dicha situación como antijurídica, salvo que concurra una causal de justificación.

Sin embargo, se deberá tener en cuenta que, en materia de omisiones, referimos no a una causa fáctica o empírica, sino a una “causa jurídica” que se construye a partir de una hipotética conducta positiva evitativa del daño acaecido, conforme a las reglas de previsibilidad que impone el juicio de causalidad adecuado, que el agente estaba en condiciones de realizar y además estaba obligado a cumplir por imposición legal y que no hizo.

La antijuricidad determina ese juicio de nexo causal, porque a la situación de pasividad del sujeto, se le agrega un deber de actuación preventivo que previsiblemente impedía el daño y además ese deber legal tiene reconocimiento normativo en el art. 1710 CCCN, por ello su inobservancia importa un obrar contrario a derecho y da lugar a una responsabilidad por omisión.

Así, la necesidad de depurar y brindar un alcance coherente y razonable a ese deber legal preventivo que impone conductas evitativas de daños para terceros, pero al mismo tiempo impedir que se conviertan esas imposiciones preventivas en una carga irrazonable que avance sobre el ámbito de reserva de libertades de las personas; de allí la necesidad de una incessante búsqueda del punto medio de equilibrio, “el justo medio” en términos aristotélicos.

## Bibliografía

- Alchourron, Carlos E. y Eugenio, Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 5<sup>a</sup> reimpr., 2006.
- Alpa, Guido. *La Responsabilidad Civil. Parte General*. Lima: Legales Ediciones, 2016.
- Baena Aramburo, Felisa. *La causalidad en la responsabilidad civil*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: La Ley, 14<sup>a</sup> ed., 2013.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 9<sup>a</sup> ed., 1997.

- Busto Lago, José M. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. La Coruña: Universidad La Coruña, 1995. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18295>
- Castanheira Neves de Miranda Barbosa, Ana M. *Lições de responsabilidades civil*. Parede: Principia, 2017.
- Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: La Ley, 4<sup>a</sup> ed., 2010.
- Concepción Rodríguez, José L. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch, 3<sup>a</sup> ed., 2009.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 6<sup>a</sup> ed., 1992.
- Díez-Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- Galdós, Jorge M. “La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Revista *La Ley* (07/04/2020). Cita online: AR/DOC/951/2020.
- Goldenberd, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- Gómez, Claudio D. “Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (2017-IX): 42.
- González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas*. Navarra: Civitas, 2016.
- Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 9<sup>a</sup> ed., 2014.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe: Rubinzahl Culzoni, 2016.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “La antijuridicidad, un presupuesto de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* 55, (2017), 249.
- Leiva, Claudio F. “Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial”. Revista *La Ley* (2016-D): 1054.
- Le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*. Paris: Puf, 2003.
- López Herrera, Edgardo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- López Mesa, Marcelo J. “El mito de la causalidad adecuada”. Revista *La Ley* (2008-B): 861.
- Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Zavalía, 2006.
- Mazeaud, Henri, Jean y Léon y François Chabas. *Derecho civil*. Buenos Aires: Zavalía, 2006.
- Medina Alcoz, Luis. *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Madrid: Thomson Civitas, 2018.
- Medina Alcoz, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Madrid: Thomson Civitas, 2018.
- Moore, Michael S. *Causalidad y responsabilidad. En ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

- Nino, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 15<sup>a</sup> reimpr., 2010.
- Orgaz, Alfredo. *La culpa (actos ilícitos)*. Córdoba: Lerner, 1974.
- Orgaz, Alfredo. "La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño". *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Ossola, Federico A. *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.
- Peña López, Fernando. *Dogma y realidad del derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*. Navarra: Arazandi, 2011.
- Picasso, Sebastián. "La antijuridicidad en el Proyecto de Código". *Revista La Ley* (2013-E): 666.
- Picasso, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus, 2015.
- Picasso, Sebastián y Luis R. J. Sáenz. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe: Rubinzel Culzoni, 2015.
- Picasso, Sebastián y Luis R. J. Sáenz. *Tratado de Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Ley, 2019.
- Pizarro, Ramón D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". *Revista Jurisprudencia Argentina* (2017-III): 408.
- Pizarro, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- Prevot, Juan M. "¿Hay causalidad en la omisión?". *Revista Responsabilidad Civil y Seguros* (2006-II): 164.
- Reglero Campos, Fernando y Luis Medina Alcoz. "El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor". *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra: Arazandi, 5<sup>a</sup> ed., 2014.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Madrid: Montecorvo, 2<sup>a</sup> ed., 1977.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis, 2010.
- Tobía, Marcela y Ramón D. Pizarro. "Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral". *Revista Jurisprudencia Argentina* (2000- II): 299.
- Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Viney, Geneviève y Patrice Jourdain. *Les conditions de la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2013.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Zavala de González, Matilde. "Responsabilidad civil por actos de omisión". *Revista Jurisprudencia Argentina* (1980-III): 796.
- Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.
- Zavala de González, Matilde y Rodolfo González Zavala. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. Córdoba: Alveroni, 2015.